

„DIE BERÜCKSICHTIGUNG VON
INTERESSEN DRITTER
BEI DER ENTSCHEIDUNG
VERTRAGLICHER FRAGEN”

von
Manfred Postler
aus Burgellern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548423_0003

„DIE BERÜCKSICHTIGUNG VON INTERESSEN DRITTER BEI DER ENTSCHEIDUNG VERTRAGLICHER FRAGEN“

Inaugural - Dissertation
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen - Nürnberg

vorgelegt von
Manfred Postler
aus Burgellern

DIE BERÜCKSICHTIGUNG VON
INTERESSEN DARTER
BEI DER ENTSCHEIDUNG
VERTRÄGLICHEN FRAGEN



Referent: Professor Dr. Heinrich Hubmann
Tag der mündlichen Prüfung: 21.7.1977

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Abkürzungsverzeichnis	X
Schrifttumsverzeichnis	XIII

E I N L E I T U N G

E R S T E R T E I L

Interessen - Kriterien bei Entscheidungen vertraglicher Fragen	4
---	---

1. A b s c h n i t t

Die herkömmlichen Methoden der Rechts- findung	4
---	---

I. Rechtsfindung "secundum contractum"

1. Gesetzliche Grundlagen der Ver- tragsauslegung (§§ 133, 157 BGB)	5
2. Die Auslegungsregeln	6
a. Auslegung des Textes und bindender Parteiwille (§ 133 BGB)	6
b. Auslegung gemäß § 157 BGB	6
- Parteiwille kann nicht ermittelt werden	6
- Gedanke des Vertrauens- schutzes	7
c. Die ergänzende Auslegung	8

II. Rechtsfindung "secundum legem"	8
1. Struktur der Rechtsnormen	9
2. Auslegung der Rechtsnormen	10
a. Erkenntnisziel der Auslegung	11
b. Kriterien der Auslegung	13
- grammatikalische Auslegung	14
- logische und systematische Auslegung	14
- historische Auslegung	15
- teleologische Auslegung	15
3. Die Generalklauseln	15
III. Richterliche Rechtsfortbildung	
Rechtsfindung "praeter legem"	17
1. Lückenausfüllung	17
a. Begriff der Lücke	18
b. Analogie	19
2. "Erfindung" neuer Rechtsinstitute	21
IV. Ergebnis	22
 2. A b s c h n i t t	
Die Methode der Interessenberücksichtigung	24
I. Begriff des Interesses	24
1. sprachliche Begriffserläuterung	24
2. Interesse und Bedürfnis	26
3. aktualisierte und latente Interessen	26
4. individuelle und typisierte Interessen	27

5. private und öffentliche Interessen (ordre public)	28
6. Zusammenfassung	32
II. Entwicklung und Stand der Methode der Interessenberücksichtigung	34
1. Von der Begriffsjurisprudenz zu HECK	34
2. Das kausale Rechtsdenken (MÜLLER - ERZBACH)	37
3. Die normativ-teleologische Methode (HUBMANN)	39
a. die Schutzwürdigkeit von Interessen	40
b. Maßstäbe für die Interessen- bewertung	42
- Maßstäbe aus der objektiven Wertskala der Rechtsordnung	42
- Maßstäbe aus dem Sachverhalt des konkreten Falles	44
-- Sachwidrigkeit	44
-- Interessenidentität	45
-- Interessennähe	47
-- Interessenintensität	47
- Maßstäbe aus dem menschlichen Verhalten im konkreten Fall	48
- Öffentliche Interessen - ordre public	50
c. Die Interessenabwägung und ihre Rechtsfolgen	51
d. Zusammenfassung und Ergebnis	56
III. Interessenberücksichtigung als Methode der Rechtsfindung	58

1. Interessenberücksichtigung bei der Rechtsfindung "secundum contractum"	58
2. Interessenberücksichtigung bei der Rechtsfindung	62
a. "secundum legem"	62
b. "praeter legem"	65
IV. Ergebnis	67

Z W E I T E R T E I L

Drittinteressen - zulässige Kriterien bei Entscheidungen vertraglicher Fragen	68
---	----

3. A b s c h n i t t	
Die Drittinteressen	68
I. Dritte und Vertragsparteien	68
1. Allgemeines	68
a. Drittinteressen als Einzelinteressen	68
b. die Vertragsparteien und Dritte als Nicht-Vertragsparteien	69
2. echter und unechter Vertrag zugunsten Dritter	70
II. Dritte, die in den Schutzbereich eines Vertrages miteinbezogen werden	71
1. Allgemeines	71
2. Liquidation des Drittschadens	71

3. Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte	73
III. Dritte und ordre public	75
4. Abschnitt	
Rechtliche Relativität von Verträgen und Reflexwirkungen	77
I. Begriff und Bedeutung des Relativitätsprinzips	77
II. Reflexwirkungen von Verträgen	78
1. Reflexe	78
2. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte	80
3. unmittelbare rechtliche Reflexe	80
a. dingliche Verträge	81
b. schuldrechtliche Verträge	82
c. Interessenschutz Dritter	82
4. mittelbare rechtliche Reflexe	82
a. Reflexauslösende Verträge	82
b. die Wirkungen	84
c. Interessenschutz Dritter	86
5. faktische Reflexwirkungen	88
a. Reflexauslösende Verträge und ihre Wirkungen	88
b. Interessenschutz Dritter	92
5. Abschnitt	

Vertragsfreiheit und Drittinteressen	98
I. Aufgabe und Funktion der Vertragsfreiheit	98
1. Die geistigen Grundlagen des BGB	98
a. das 19. Jahrhundert	98
b. Veränderungen	99
2. Die Vertragsfreiheit	101
a. Begriff	101
b. Aufgabe und Funktion im Sinne der Schöpfer des BGB	101
c. veränderte Auffassungen	102
II. Grenzen der Vertragsfreiheit	106
1. Kontrahierungszwang	106
2. hoheitliche Einflußnahme auf den Vertragsinhalt	110
a. durch den Gesetzgeber	110
b. durch die Rechtsprechung	113
3. die geschützten Interessen	122
III. Drittinteressen als Grenzen der Vertragsfreiheit	123
6. A b s c h n i t t	
Berechtigung der Drittinteressenberücksichtigung	125
I. Ergebnis der Abschnitte 4 und 5	125

II. Stellungnahme der Literatur	126
III. Drittinteressen als zulässige Kriterien der Rechtsfindung	129

D R I T T E R T E I L

Drittinteressen - notwendige Kriterien bei Entscheidungen vertraglicher Fragen	131
---	-----

7. A b s c h n i t t

Voraussetzungen für eine Drittinteressen- berücksichtigung	131
---	-----

I. Wertung der Interessen der Vertrags- parteien	131
---	-----

1. Allgemeines	131
----------------	-----

2. Wertungsvorsprung	133
----------------------	-----

II. Wertung der Drittinteressen	134
---------------------------------	-----

1. Untersuchung gesetzlicher Normen	134
-------------------------------------	-----

a. Anfechtung nach AnfG und KO	134
--------------------------------	-----

b. §§ 419, 2287 BGB	136
---------------------	-----

c. System der Zwangsvollstreckung	138
-----------------------------------	-----

d. Vorschriften des UWG und des GWB	139
-------------------------------------	-----

e. Gutgläubens- und Vertrauensschutz- vorschriften (§§ 932 - 936 BGB)	140
--	-----

2. Untersuchung der Rechtsprechung	141
------------------------------------	-----

a. begrenzte Vorratsschuld, Sammel- sendung	141
--	-----

b. Sicherungsübertragungen, Globalzessionen und verlängerter Eigentumsvorbehalt	144
c. Schmiergelder	155
d. Gesellschafter als Strohmann eines Dritten	156
e. Spediteur und Pfandrecht	156
f. Verleitung zum und Beteiligung am Vertragsbruch im allgemeinen	157
g. Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte	157
h. Praxisverkauf	159
i. Ehestörung	162
j. Streik in Versorgungsbetrieben	163
k. fremdfinanziertes Abzahlungs- geschäft	164
III. Allgemeine Tatbestände für eine Drittinteressenberücksichtigung	164
1. besondere Interessenverknüpfung	164
a. infolge einer Interessen- gemeinschaft	165
- plötzliche Gefährdung des Interessengegenstandes	167
- der zu beurteilende Vertrag führt zu einer Gefährdung des Interessengegenstandes	168
b. infolge von Obhuts- und Treue- pflichten	169
2. Verletzung oder Gefährdung eines objektiv höherwertigen Rechtsguts	170
3. Gleichlauf mit dem ordre public	171

8. A b s c h n i t t	
Ergebnis und praktische Anwendung	172
I. Drittinteressen als Rechtsfindungs- kriterien	172
II. Methode der Drittinteressenberück- sichtigung	172
III. Kein geschlossenes System	174

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Band und Seite)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anm	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis Nachschlagewerk des Bundesarbeits- gerichts
Art	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
Bd	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, amtliche Sammlung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts, amtliche Sammlung
bzw	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
Einl.	Einleitung
Festschr.f.	Festschrift für

GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
i.d.R.	in der Regel
IherJb	Iherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JA -ZR	Juristische Arbeitsblätter - Abteilung Zivilrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs herausgegeben von Lindenmaier, Möhring u.a.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
o.a.	oben angeführt
o.ä.	oder ähnliches
o.g.	oben genannt
RdNr	Randnummer
RdZiff	Randziffer
RG	Reichsgericht
RGPrax	Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, bearbeitet von A. Bolze
RGZ\	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, amtliche Sammlung
Rspr	Rechtsprechung
Soerg.Rspr	Rechtsprechung zum gesamten Zivil- -Handels- und Prozeßrecht, bearbeitet von Soergel
sog.	sogenannt
u.a.	und andere unter anderem
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
WarnRspr	Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des RG abgedruckt ist, herausgegeben von Warneyer

WPM

Wertpapier-Mitteilungen

z.B.

zum Beispiel

ZHR

Zeitschrift für das gesamte Handels-
recht

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

Die unterstrichenen Worte sind die Zitatworte des betreffenden Werkes. Ist ein Verfasser nur einmal aufgeführt, wird er mit Namen und a.a.O. zitiert

- | | |
|-----------------------------|---|
| Barkhausen, W. | Anmerkung zum Urteil des BGH
v. 2.11.1955
in <u>NJW 1956, S. 417 ff</u> |
| Bartholomeyczik, H. | Die Kunst der Gesetzesauslegung
Frankfurt 1971, 3. Aufl. |
| Baumbach / Hefermehl | <u>Wechselgesetz</u> und <u>Scheckgesetz</u>
München 1973, 11. Aufl. |
| ders. | <u>Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht</u>
Bd. I, München 1971, 10. Aufl. |
| Baur, F. | Lehrbuch des <u>Sachenrechts</u>
München 1975, 8. Aufl. |
| Blomeyer, A. | <u>Allgemeines Schuldrecht</u>
1964, 3. Aufl. |
| ders. | Fortschritte der modernen Schuld-
rechtsdogmatik
in <u>AcP 154, S. 527 ff</u> |
| Bobrowski, P. /
Gaul, D. | Das <u>Arbeitsrecht</u> im Betrieb
Köln 1970, 6. Aufl. |
| Boehmer, G. | <u>Grundlagen der Bürgerlichen</u>
<u>Rechtsordnung</u>
2. Buch, 1. Abteilung |
| Böhle / Stammschräder | <u>Anfechtungsgesetz</u>
München 1967, 3. Aufl. |
| ders. | Kommentar zur <u>Konkursordnung</u>
München 1971, 10. Aufl. |

- Brändl, F. in Staudingers Kommentar
zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Bd. I, Allg. Teil
Berlin 1957, 11. Aufl.
- Brox / Rühthers Arbeitskampfrecht
1965
- Coing, H. System, Geschichte und Interesse
in der Privatrechtswissenschaft
in: JZ 1951, S. 481 ff
- ders. in Staudingers Kommentar
zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Bd. I, Allg. Teil
Berlin 1957, 11. Aufl.
- de Boor, H. Die Kollision von Forderungsrechten
Frankfurt 1928
- Dietz, R. Anspruchskonkurrenz bei Vertrags-
verletzung und Delikt
Köln 1934
- Edelmann, J. Die Entwicklung der Interessen-
jurisprudenz
Eine historisch - kritische Studie
über die deutsche Rechtsmethodologie
vom 18. Jhd bis zur Gegenwart
Berlin - Zürich 1967
- Engisch, K. Einführung in das juristische Denken
Stuttgart 1968, 4. Aufl.
- Esser, J. Einführung in die Grundbegriffe
des Rechtes und des Staates
Wien 1949
- ders. Methodik des Privatrechts
in: Methoden der Rechtswissenschaft
Teil I, aus der Reihe: Enzyklopädie
der geisteswissenschaftlichen Methoden
- ders. Schuldrecht, Bd I und II
Karlsruhe 1960/1968/1971, 2., 3. und
4. Aufl.
- ders. Globalzession und verlängerter
Eigentumsvorbehalt
in: JZ 1968, S. 281 ff

- Geiler, K. Moderne Rechtswandlungen auf dem Gebiete des Privatrechts
in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht
Marburg 1931
- Gerhardt, W. Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung
Göttingen 1969
- Gernhuber, J. Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe
in: Festschr. f. Nikisch, S. 249 ff
Tübingen 1958
- Godin, H. Freiherr von Wettbewerbsrecht
Berlin - New York 1974, 2. Aufl.
- Grömig, U. Schweigepflicht der Ärzte untereinander
in: NJW 1970, S. 1209 ff
- Fikentscher, W. Schuldrecht
1973, 4. Aufl.
- Flume, W. Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt
in NJW 1950, S. 841 ff
- Forsthoff, E. Lehrbuch des Verwaltungsrechts
Bd. I, Allg. Teil
10. Aufl.
- Hedemann, J.W. Die Flucht in die Generalklauseln
Tübingen 1933
- Heck, Ph. Das Problem der Rechtsgewinnung
1912, 1. Aufl.; 2. Aufl. 1932
zit. nach der 1. Aufl.
- ders. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz
in: AcP 112, S. 1 ff
- ders. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz
Tübingen 1932
- ders. Das Recht der großen Haverei
Berlin 1889

- Herschel, W. Vom Arbeiterschutz zum Arbeitsrecht in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben; Festschr. zum hundertjährigen Bestehen des DJT, S. 305 ff
- Hippel, F. von Richtlinie und Kasuistik im Aufbau der Rechtsordnungen Marburg 1942
- ders. Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie Tübingen 1936
- Hubmann, H. Grundsätze der Interessenabwägung in AcP 155, S. 86 ff
- ders. Die Methode der Abwägung in: Festschrift f. Schnorr v. Caroldsfeld, S. 173 ff Köln-Berlin-Bonn-München 1973
- Hueck / Nipperdey / Stahlhacke Tarifvertragsgesetz (TVG) München-Berlin 1964, 4. Aufl.
- Ihering, R. von Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen in: IherJb Bd.10, S.245 ff Jena 1871
- Isele, H.G. Zur Problematik des Streiks in Versorgungsbetrieben in: Festschr. f. Schnorr v. Caroldsfeld, S.219 ff
- Kraft, A. Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht München-Berlin 1963
- Krasser, R. Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter Köln-Berlin-Bonn-München 1971
- Kelsen, H. Reine Rechtslehre 1960, 2.Aufl.
- Larenz, K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft Berlin 1960

- ders. Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem
in: NJW 1965, S.1 ff
- ders. Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts - Ein Lehrbuch
München 1975, 3.Aufl.
- ders. Lehrbuch des Schuldrechts
Bd.I, Allg. Teil
München 1968, 10. Aufl.
- ders. Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts
Leipzig 1930
- ders. Die Wandlung des Vertragsbegriffs
in: DR 1935, S.488 ff
- Lehmann / Hübner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches
Berlin 1966, 15. Aufl.
- Lüderitz, A. Auslegung von Rechtsgeschäften
Karlsruhe 1966
- Lukes, R. Der Kartellvertrag - das Kartell als Vertrag mit Aussenwirkungen
München-Berlin 1959
- v.Mangoldt / Klein Das Bonner Grundgesetz (GG)
Ein Kommentar, 2. Aufl. 1966
- Maunz / Dürig / Herzog Grundgesetz (GG)
Ein Kommentar
- Medicus, D. Durchblick: Drittbeziehungen im Schuldverhältnis
in: JuS 1974, S.613 ff
- Meyer-Cording, U. Anmerkung zum Urteil des BGH in JZ 1953, S. 664
- Möhring, Ph. Kontrahierungszwang nach neuem Kartellrecht
in: DB 1974, S. 223 ff

- Mohrbutter, J. Handbuch des gesamten Vollstreckungs-
- und Insolvenzrechts
München 1974, 2.Aufl.
- Müller-Erzbach, R. Wohin führt die Interessenjuris-
prudenz
Tübingen 1932
- ders. Die Rechtswissenschaft im Umbau
- Ihr Vordringen zu den bestimmenden
Elementen des Zusammenlebens -
München 1950
- ders. Das Unternehmen und die Unternehmer-
- und die Abnehmerfreiheit
- Die Elemente des Zusammenlebens
und ihr Einfluß auf die Rechtsbildung -
in: JZ 1952, S.193 ff
- ders. Das Erfassen des Rechts aus den Ele-
menten des Zusammenlebens, veran-
schaulicht am Gesellschaftsrecht
in AcP 154, S.299 ff
- Müller / Giessler Kommentar zum Gesetz gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen
Frankfurt 1970, 2. Aufl.
- Münzberg in: Kommentar zur Zivilprozeß-
ordnung, von Stein - Jonas -
Pohle
1968, 19. Aufl.
- Mugdan Die gesammelten Materialien zum
Bürgerlichen Gesetzbuch für das
Deutsche Reich
Berlin 1899, Bd.I
- Nipperdey, C. in: Allgemeiner Teil des Bürger-
lichen Rechts
Ein Lehrbuch von Enneccerus -
Nipperdey
Tübingen 1959
- ders. Reichen die geltenden gesetzlichen
Bestimmungen insbesondere im Hinblick
auf die Entwicklung der modernen
Nachrichtenmittel aus, um das Privat-
leben gegen Indiskretion zu schützen?
in: 42. DJT Bd.II/D Erste Abteilung,
S.3 ff

- ders. Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag
1920
- Oertmann, P. Rechtsordnung und Verkehrssitte, Insbesondere nach Bürgerlichem Recht
1914
- ders. Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft
Leipzig 1931
- Oftinger, K. Die Vertragsfreiheit
in: Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht, S.315 ff
- Raiser, L. Vertragsfreiheit heute
in: JZ 1958, S.1 ff
- ders. Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit
in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben
Festschr. zum Hundertjährigen Bestehen des DJT, S.101 ff
- ders. Die Zukunft des Privatrechts
Berlin - New-York 1971
- ders. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)
- Rehbinder, M. Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts (AGB)
- ders. Die Öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortlichkeit der Presse
Berlin 1961, Diss.
- Reinhardt, R. Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge
in: Festschr. f. Schmidt-Rimpler 1957
- Sauer, W. Juristische Methodenlehre
Stuttgart 1940
- Schaub. G. Arbeitsrechtshandbuch
München 1975, 2. Aufl.

- Schermer, K.O. Globalzession, verlängerter Eigentumsvorbehalt und vertikale Forderungsaufteilung
in: BB 1968, S.1267 ff
- Schmidt, R. in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, von Soergel / Siebert Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967 2.Bd.
- Schmidt-Rimpler, W. Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts
in: AcP 147, S.130 ff
- ders. Zum Problem der Geschäftsgrundlage in Festschr. f. H.C. Nipperdey München-Berlin 1955
- Schönke / Baur Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht
1974, 9.Aufl.
- Schönke / Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch
1973, 17. Aufl.
- Schricker, G. Probleme der Haftung aus Vermögensübernahme (§ 419 BGB)
in: JZ 1970, S.265 ff
- Schumacher, R. Die Presseäußerung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse
Freiburg 1960
- Serick, R. Probleme bei mehrfacher Abtretung künftiger Forderungen
in: BB 1960, S.141 ff
- ders. Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung
Monographie in 3 Bd
1963,1965 und 1970
- Siebert, W. Die Methode der Gesetzesauslegung
Heidelberg 1958
- ders. Wandlungen im bürgerlichen Recht seit 1933
in: DR 1944, S.5 ff
- Siebert / Knopp in: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, von Soergel/Siebert
1967, 10. Aufl.; 2.Bd

- Simitis, K. Gute Sitten und ordre public
- Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs.1 BGB -
Marburg 1960
- Steinbach, E. Die Moral als Schranke/des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung
Wien 1898
- Stoll / Felgenträger Vertrag und Unrecht
1944, 4.Aufl.
- Täbert, H. Die Geltendmachung des Drittschadens
Heidelberg 1938
- Titze, H. Die Lehre vom Mißverständnis
Berlin 1910
- Tuhr, A.von Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts
I.Bd, 1.Hälfte
München-Leipzig 1914
- Ven, J.J.M. van der Gerechtigkeit und Interessen
in: Interessenjurisprudenz, S.451 ff
herausgegeben von Ellscheid, G. und Hassemer, W.
Darmstadt 1974
- Weber, W. Treu und Glauben
Berlin 1961
- Wesenberg, G. Verträge zugunsten Dritter
(Rechtsgeschichtliches und Rechtsvergleichendes)
Weimar 1949
- Westermann, H. Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht
Münster 1955
- ders. Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen
Karlsruhe 1954
- Wieacker, F. Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB
1956

- ders. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit
1967, 2. Aufl.
- ders. Das Sozialmodell der klassischen
Privatrechtsgesetzbücher und die
Entwicklung der modernen Gesellschaft
Karlsruhe 1953
- ders. Die Methoden der Auslegung des
Rechtsgeschäfts, in: JZ 1967, S.385 ff
- Wolf, M. Rechtsgeschäftliche Entscheidungs-
freiheit und vertraglicher Interes-
senausgleich
Tübingen 1970
- ders. Die Privatautonomie
in: Grundlagen des Vertrags- und
Schuldrechts, Bd.I
München 1974
- ders. Gesetz und Richterrecht bei Allgemeinen
Geschäftsbedingungen in: JZ 74, S. 466
- Würdinger, H. Theorie der schlichten Interes-
sengemeinschaften
in: Heft 1 der Beihefte der ZHR
- Wüst, G. Die Interessengemeinschaft ein
Ordnungsprinzip des Privatrechts
Frankfurt-Berlin 1958
- ders. Vom ungebundenen Individualgläubiger
zum rücksichtsvollen Mitgläubiger
in: Festschr. f. Wilburg, 1965
- ders. Ausgleichspflichten auf der Grund-
lage gemeinsamer Interessen
in: JZ 1961, S. 78 ff
Zugleich eine Besprechung von
BGH in JZ 61, S.91 ff
- Zippelius, R. Einführung in die juristische
Methodenlehre
München 1974, 2.Aufl.

E I N L E I T U N G

Die Rechtsordnung gewährt die Freiheit, daß zwei oder mehr Personen sich durch Verträge rechtlich gegenseitig binden. Es entsteht dadurch eine rechtliche Brücke zwischen den beiden Vertragsparteien. Alle rechtlichen Vertragswirkungen erstrecken sich in der Regel nur auf diese Parteien und nicht auf außenstehende, am Vertragsschluß nicht beteiligte Dritte.

Das Verdienst der Interessenjurisprudenz ist die Erkenntnis, daß alles Recht die Resultante miteinander ringender Interessen ist.¹⁾ Dies gilt auch für Verträge. Dieses Verständnis des Rechts fand Eingang in die richterliche Praxis. Sie beschränkt sich heute bei Entscheidungen über vertragliche Fragen nicht mehr nur auf eine bloße Subsumtion des Sachverhalts unter die Rechtsnormen oder auf eine rein begriffliche Auslegung des Vertrags - oder Gesetzestextes, sondern wägt die Interessen beider Vertragsparteien gegeneinander ab,²⁾ um damit einen gerechten und billigen Richterspruch zu finden.³⁾

1) HECK in AcP 112, S. 17 und "Begriffsbildung" S. 46

2) Anstelle von vielen seien nur drei neuere Entscheidungen des BGH erwähnt: "Der eigentliche Grund für die getroffene Regelung ist aber in einer gerechten Abwägung der schutzwürdigen Interessen beider Vertragsteile zu sehen" BGH NJW 73, S. 365

"Das wäre für den Gläubiger, der sich darauf eingelassen hat, daß nur ein Teil gesichert wird, ein ungerechter Vorteil. Ihm erwächst andererseits durch die entsprechende Anwendung des § 366 kein unangemessener Nachteil" BGH NJW 73, S. 1689 (1690)

"Die Interessen des Bestellers sind durch das Recht zum Rücktritt vom Vertrag noch ausreichend gewahrt" BGH NJW 74, S. 272

3) Mit den Fragen eines beiderseitig gerechten vertraglichen Interessenausgleichs beschäftigt sich insbesondere: WOLF in "Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich"

Von der Rechtswissenschaft beinahe unbemerkt, ging die Praxis schon sehr früh dazu über, sich nicht nur auf eine Interessenabwägung unter den Vertragspartnern zu beschränken. Sie bezog in ihre Entscheidungen auch die Interessen Dritter, am Vertrag rechtlich nicht beteiligter Personen, mit ein.⁴⁾

Beobachtet man jedoch die Rechtsprechung genauer, so ist festzustellen, daß die Drittinteressen scheinbar willkürlich als Entscheidungskriterien herangezogen werden. In keinem Fall wird erörtert, warum gerade hier Drittinteressen berücksichtigt werden und das Urteil beeinflussen. Nirgendwo ist eine dogmatische und wissenschaftliche Begründung zu finden, daß die Berücksichtigung von Drittinteressen als Hilfsmittel richterlicher Vertragsüberprüfung zulässig oder notwendig ist.

Aufgabe dieser Arbeit soll es sein, zu untersuchen, ob diese Praxis der Rechtsprechung zu Recht gehandhabt wird. Die Lösung der Frage reicht tief in das Verständnis des Privatrechtssystems hinein. Es huldigt im Vertragsrecht einer isolierten Betrachtungsweise, die sich nur auf die beiden Vertragspartner konzentriert und damit prima facie eine Drittinteressenberücksichtigung ausschließt. Daneben scheint auch die juristische Methodenlehre keinen Ansatz zu einer Interessenberücksichtigung im allgemeinen, geschweige denn zu einer Drittinteressenberücksichtigung im besonderen, zu bieten. Deshalb ist es zuerst erforderlich, die Berechtigung der Interessenberücksichtigung und Interessenabwägung als methodisches Hilfsmittel richterlicher Rechtsfindung allgemein zu überprüfen.

4) Schon die Entscheidung des RG vom 17.5.1907 in RGZ 66, S. 139 erklärt einen Kaufvertrag über eine Arztpraxis für sittenwidrig, "weil der verkaufende Arzt das Vertrauen seiner Patienten (= Dritte) dadurch täuschte, daß er seine Praxis unter Umständen verkaufte, die eine Verwertung des Patientenvertrauens zum Zwecke reinen Vermögensgewinnes dartun"

Im zweiten Teil soll erörtert werden, ob Drittinteressen zulässige Kriterien richterlicher Vertragsüberprüfung sind. Insbesondere ist zu fragen, ob sich ihre Berücksichtigung mit den Prinzipien des Privatrechtssystems vereinbaren läßt. Zum dritten soll die Antwort versucht werden, wann und unter welchen Umständen der Richter Drittinteressen als Prüfungskriterien anwenden darf und muß.

ERSTER TEIL

INTERESSENBERÜCKSICHTIGUNG - EINE METHODE RICHTERLICHER RECHTSFINDUNG

1. Abschnitt

DIE HERKÖMMLICHEN METHODEN DER RECHTSFINDUNG

Die Aufgabe des Richters ist es, Recht zu sprechen und im Auftrag des Staates bindend festzustellen, was im konkreten Einzelfall rechtens ist. Er unterliegt dabei keinen anderen Bindungen als dem Gehorsam gegenüber Recht und Gesetz (Art. 20, Abs 3 GG)

Recht und Gesetz binden natürlich auch die ihnen unterworfenen Bürger. Diese Bindung wird in aller Regel durch staatliche Normen bewirkt. Daneben gewährt unsere Rechtsordnung in einem weiten Bereich den Bürgern die Möglichkeit, sich durch freiwillige Erklärungen (meist Verträge) untereinander rechtlich zu binden (vertragliche Abschlußfreiheit). ⁶⁾ Diese Freiheit, die sog. Vertragsfreiheit, gestattet darüberhinaus in hohem Maße auch eine inhaltliche Gestaltungsfreiheit der Verträge. ^{6), 7)} Im Rahmen dieser Gestaltungsfreiheit verdrängen die vertraglichen Regelungen gleichartige gesetzliche, die sog. dispositiven Normen. Der Vertrag ist ein rechtserzeugender Tatbestand. ⁸⁾ Da der gesamte wirtschaftliche Verkehr, ebenso wie

6) LARENZ, "Schuldrecht" I. Bd., S. 35 ff; s. dort auch die Ausnahmen von der Abschluß- und Gestaltungsfreiheit

7) Diese Inhaltsfreiheit gilt insbesondere bei den sog. verpflichtenden oder schuldrechtlichen Verträgen, nicht dagegen im Sachenrecht, das aus Gründen der Rechtssicherheit einen Numerus clausus von Vertragstypen eingeführt hat.

8) ESSER, "Schuldrecht" I. Bd., S. 6 und KELSEN a.a.O. S. 261 ff

die Befriedigung höchstpersönlicher Bedürfnisse über Verträge abgewickelt wird, hat der Zivilrichter sich in erster Linie mit Verträgen und deren Auslegung zu beschäftigen. Ob dabei Interessen als Kriterien der Rechtsfindung eine Bedeutung haben, wird die folgende Untersuchung zeigen.

I. Rechtsfindung "secundum contractum"

1. Die Grundlagen für die Vertragsauslegung ⁹⁾ bilden die §§ 133 und 157 BGB. Paragraph 133 ordnet die Erforschung des wahren Willens als Auslegungsziel an und verbietet gleichzeitig das Festhalten am Wortsinn. Daher geht die ganz h. M. davon aus, daß der subjektive Wille des Erklärenden zu erforschen ist. ¹⁰⁾

§ 157 dagegen ist ein Ausdruck des die gesamte Privatrechtsordnung beherrschenden Prinzips von Treu und Glauben. Es verlangt nicht die Suche nach dem empirisch wirklichen Parteiwillen, sondern verlagert die Auslegung in den objektiven Bereich. Die auslegungsbedürftige Vertragsklausel ist nach ihrem objektiven Erklärungswert mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegen.

Beide Vorschriften, § 133 und § 157 BGB, zeigen dem Richter zwei gegensätzliche Wege auf. Die erstere sucht den empirischen Parteiwillen, während die zweite auf das Ziel einer vernünftigen und sachgerechten Regelung, sowie die Verkehrssitte verweist. Dieser Dualismus ist für eine Auslegung nicht hinderlich, sondern eher förderlich.

9) Eine umfassende Darstellung des Problems der Vertragsauslegung findet sich bei LÜDERITZ, "Auslegung von Rechtsgeschäften"

10) Weder in der Rspr noch in der Lit. konnte sich die Gegenansicht - vertreten insbesondere durch DANZ, "Die Auslegung der Rechtsgeschäfte" - durchsetzen, die auf den objektiven Erklärungsinhalt abstellte.

2. Als oberstes Prinzip der Auslegung ist festzuhalten, daß ausnahmslos der Text der Vereinbarung den auszulegenden Gegenstand bildet. Was nicht erklärt ist, kann nicht ausgelegt werden. ¹¹⁾ Im Rahmen des Textes ist nicht nach dem objektiven Wortsinn zu fragen, sondern nach der Bedeutung, welche die Parteien dem Wortlaut beimaßen (§ 133 BGB). Daher ist der Richter an die gemeinsame Erklärung der beiden Parteien, sie hätten den Wortlaut in einer bestimmten Richtung verstanden, gebunden. ¹²⁾

Kann dagegen der tatsächliche Wille der Parteien nicht eruiert werden, dann ist der Vertragswortlaut gemäß § 157 BGB auszulegen. In diesem Fall kann nur ein hypothetischer oder mutmaßlicher Wille ermittelt werden. Als Hilfsmittel der Auslegung kommen insbesondere der allgemeine Sprachgebrauch und die Verkehrssitte in Betracht. Letztere ist eine bestehende Übung oder sprachliche Gepflogenheit, deren sich ein bestimmter Personenkreis, zu dem die Parteien gehören, regelmäßig bedient und die deshalb bei ihnen als bekannt vorausgesetzt werden kann. ¹³⁾

Eine objektive Auslegung nach § 157 BGB ist auch dann vorzunehmen, wenn das Vertrauen des Vertragspartners oder der Allgemeinheit auf den objektiven Erklärungsinhalt geschützt werden soll. ¹⁴⁾ Dies ist in erster Linie dann der Fall, wenn der eine Vertragspartner als Empfänger einer empfangsbedürftigen Willenserklärung diese anders auffaßt, als der Erklärende. Daß hier die Bedeutung der Erklärung nach objektiven Maßstäben gemessen

11) LARENZ, "Allg. Teil", S. 285

12) LARENZ, "Allg. Teil", S. 283; COING in Staudinger § 133 RdZiff 20

13) LARENZ, "Allg. Teil", S. 288

14) LÜDERITZ a.a.O. S. 283 - 286 und S. 458

wird, ergibt sich schon aus § 119 BGB. Denn käme es immer auf das subjektive Verständnis des Erklärenden an, dann wäre eine Anfechtung wegen Inhaltsirrtums überflüssig.

Als Hilfsmittel der Auslegung ist zuerst auf den allgemeinen Sprachgebrauch zu verweisen. Dabei kommt es auf das Verständnis eines durchschnittlichen Bürgers des Personenkreises an, dem die Parteien angehören. Es wird jedoch heute allgemein anerkannt, ¹⁵⁾ daß die Auslegung sich auch daran zu orientieren hat, wie der Empfänger einer Willenserklärung diese verstehen durfte. ¹⁶⁾

Darüberhinaus ist eine objektive Auslegung in einigen Sonderfällen vorzunehmen. So z.B. im Falle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die h. M. ^{16a)} schränkt den empirischen Parteiwillen hier wesentlich ein. Sie stellt darauf ab, wie die beteiligten Personenkreise die Vertragsklausel auffassen mußten. Dasselbe gilt auch für die Geschäftsklauseln mit typischem Inhalt. ^{16a)} Diese müssen schon aus Gründen der Rechtssicherheit ohne Rücksicht auf den Parteiwillen objektiviert und gleichmäßig ausgelegt werden.

15) LARENZ, "Allg. Teil", S. 284 mit vielen weiteren Hinweisen

16) Die sog. Geltungstheorie verlangt darüberhinaus, daß die vom Empfänger zu verstehende Bedeutung dem Erklärenden selbst zurechenbar sein muß. D. h. eine Auslegung ist nur dann richtig, wenn der Erklärende damit rechnen konnte, der Empfänger werde seine Erklärung so verstehen. So LARENZ, "Auslegung" S. 72 ff; WIEACKER JZ 67, S. 385 ff; FLUME, "Allg. Teil" II. Bd., § 16, 3c.

Für die Praxis hat diese Theorie wenig Bedeutung, weil nach ihrer eigenen Ansicht bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung deren Sinn, wie ihn der Empfänger versteht, stets dem Erklärenden zurechenbar sei.

16a) vgl. COING in Staudinger § 133 RdZiff 23

Hier ist anzumerken, daß das am 1. April 1977 inkraft getretene Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Abschluß dieser Arbeit vom Gesetzgeber noch nicht beschlossen war und deshalb nicht mehr berücksichtigt werden konnte.

Die Vertragsparteien können nicht immer alle in der Zukunft auftauchenden Probleme explizit in einem Vertrag regeln. Daher tut sich, wie bei Gesetzen, auch bei Verträgen das Problem der Lücke auf. Eine Ausfüllung der Lücke sucht aus dem Gesamtinhalt des Vertrages und der Umstände bei Vertragsabschluß zu ergründen, welche Regelung die Parteien getroffen hätten, falls sie die Lücke erkannt hätten. Es ist danach zu fragen, welche Regelung die Parteien in ihrer Lage vernünftigerweise getroffen hätten.¹⁷⁾ Es ist also auch hier ein hypothetischer Wille zu suchen. Grundlage ist wieder § 157 BGB. Nach der Rechtsprechung (RGZ 129, S. 88) muß sich für die ergänzende Auslegung irgendeine Stütze im Vertragsinhalt finden. Sie darf nicht zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen.

Auch die ergänzende Vertragsauslegung ist Vertragsauslegung. Sie geht daher gesetzlichen Auslegungsregeln und insbesondere den dispositiven Normen des Gesetzes vor.¹⁸⁾

II. RECHTSFINDUNG "SECUNDUM LEGEM"

Für die Entscheidung vertraglicher Fragen finden die gesetzlichen Vorschriften Anwendung, wenn die Parteien keine von den dispositiven Normen abweichende Regelung getroffen haben oder, wenn zwingendes Recht zur Diskussion steht.

Für die Anwendung der Gesetze hat die Rechtswissenschaft eine Reihe von Methoden entwickelt und dem Richter an die Hand gegeben, mittels derer weitgehend rational nachprüfbare Ergebnisse erzielt werden sollen.¹⁹⁾ Sie unterscheiden sich von denen der

17) COING in Staudinger § 133 RdZiff 37

18) COING in Staudinger § 133 RdZiff 38

19) LARENZ, "Methodenlehre", S. 5

Vertragsauslegung.

1. Um diese Methoden und die Arbeitsweise des Richters darlegen zu können, ist es notwendig, zuvor kurz auf die Struktur von Gesetzen, bzw. der in ihnen enthaltenen Rechtssätze einzugehen.

Sinn und Zweck eines Gesetzes ist die Aufstellung von Regeln, die das menschliche Zusammenleben ordnen sollen. Weil es dem Gesetzgeber unmöglich ist, alle nur vorstellbaren Varianten menschlichen Verhaltens zu erfassen und vorherzusehen, wird der zu regelnde Lebenssachverhalt in den Rechtssätzen mehr oder weniger abstrakt und allgemein beschrieben. Dieser Teil eines Rechtssatzes ist sein Tatbestand.²⁰⁾

An ihn knüpft sich die Rechtsfolge des Rechtssatzes. Sie ordnet an, was geschehen soll, wenn der Tatbestand erfüllt ist. Die nächstliegende Rechtsfolge eines gesetzlichen Tatbestandes ist die Anordnung, Aufhebung oder Änderung irgendwelcher Verhaltensgebote. Dies gilt aber nicht immer. Teilweise ergänzen die Rechtsfolgen wiederum nur als "unselbständige Zusätze" die Tatbestände oder Rechtsfolgen anderer Rechtssätze (sog. Erläuterungs- und Ergänzungsnormen).²¹⁾ Häufig läßt sich daher das Verhaltensgebot nicht aus einem einzigen Rechtssatz entnehmen, sondern es bedarf eines gegenseitigen Ineinandergreifens verschiedener Rechtssätze. Formelhaft vereinfachend ist dieser Vorgang wie folgt darstellbar:²²⁾

20) vgl. ENGISCH a.a.O. S. 34

21) LARENZ, "Methodenlehre" S. 155; ZIPPELIUS, a.a.O. S. 35.

Auf den Theorienstreit um die sog. "Imperativentheorie", die jedem Rechtssatz den Charakter eines Gebots- und Befehlssatzes zuschreibt, ist wegen der hier gebotenen Kürze nicht einzugehen; vgl. aber LARENZ, "Methodenlehre" S. 152 mit weiteren Literaturhinweisen.

22) vgl. hierzu die ausführliche und instruktive Darlegung bei ZIPPELIUS, a.a.O. S. 37 und bei ENGISCH a.a.O. S. 65

$$\begin{array}{lcl} t_1 + t_2 + t_3 = R & \xrightarrow{\quad} & R = r'_1 \text{ und/oder } r'_2 \\ \downarrow & & \\ t_1 = t'_1 + t'_2 & & \end{array}$$

Wobei: t = Tatbestandsmerkmale und R = Rechtsfolgen

Dieser Gesamtkomplex der Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen bildet die komplette und vom Richter anzuwendende Norm

Subsumtion bedeutet nun die Untersuchung des Rechtsanwenders, ob ein ihm vorgelegter konkreter Sachverhalt die einzelnen abstrakten Tatbestandsmerkmale $t_1 + t_2 + \dots$ verwirklicht und deshalb die Rechtsfolge R auslöst. Verdeutlichen läßt sich dieser Vorgang an zwei kleinen Fällen aus dem Bereich des § 823, Abs 1 BGB.

Nach dieser Vorschrift ist derjenige Schadensersatzpflichtig, der einem anderen vorsätzlich oder fahrlässig die Gesundheit verletzt.

Im ersten Fall soll der Autofahrer A fahrlässig einen Verkehrsunfall verursacht und dabei den 60jährigen B verletzt haben. Dieser Sachverhalt läßt sich unproblematisch unter das Tatbestandsmerkmal Verletzung der Gesundheit eines anderen subsumieren. Im zweiten Fall unterläuft dem Arzt X während der Geburt eines Kindes ein Kunstfehler. Dadurch trägt das Neugeborene einen dauernden Körperschaden davon. Für den Rechtsanwender, der die Voraussetzungen des § 823, Abs 1 prüft, ergibt sich das Problem, ob der Embryo während des Geburtsvorganges ein "anderer", d.h. schon ein Mensch ist oder noch nicht.

2. Hier setzt nun ein wichtiger Teil der Rechtsfindung, die Auslegung ein. Sie beschäftigt sich mit der Abgrenzung und

Präzisierung des Bedeutungsumfanges einzelner Tatbestandsmerkmale oder ganzer Rechtssätze. Erst wenn die Auslegung des Begriffes "anderer" abgeschlossen ist, d.h. mit Hilfe bestimmter Methoden untersucht wurde, ob ein Embryo während des Geburtsvorganges ein Mensch im Sinne des § 823, Abs 1 BGB ist oder nicht, kann der formallogische Vorgang²³⁾ der Subsumtion einsetzen.

Auslegung eines Tatbestandsmerkmals heißt also die Ausforschung der Bedeutung und des Sinnes eines Begriffes hinsichtlich seiner Verwendung in dem anzuwendenden Rechtssatz.²⁴⁾

Weil die Rechtswissenschaft als Geistes- und Sozialwissenschaft ihrer Natur nach keine exakte Wissenschaft sein kann, wie etwa die Mathematik, ist die Rechtsanwendung, insbesondere die Auslegung, kein reines Rechenexempel, sondern ein teleologisches Verfahren, um zu richtigen und gerechten Ergebnissen zu gelangen.²⁵⁾ Die Frage, wessen Vorstellungen bei der Auslegung von Gesetzen Geltung verschafft werden soll, welches Erkenntnisziel also das richtige ist, wird seit dem Ende des 19. Jahrhunderts unterschiedlich beantwortet. Die sog. subjektive Theorie - vertreten insbesondere durch SAVIGNY, WINDSCHEID und ENNECCERUS²⁶⁾ - versucht den Vorstellungen Geltung zu verschaffen, die der Gesetzgeber mit dem Gesetz verbinden wollte.

23) Zur Diskussion, ob der Begriff Subsumtion eng, wie hier, oder weit zu verstehen ist, also auch hermeneutische Vorgänge miteinschließt, vgl. LARENZ "Methodenlehre" S. 210 und ZIPPELIUS a.a.O. S. 101

24) ZIPPELIUS, a.a.O. S. 51

25) BRÄNDL in Staudinger, Einleitung RdZiff 54

26) vgl. ENGISCH a.a.O. S. 88

Die objektive Theorie dagegen, als deren Hauptvertreter BINDING und RADBRUCH zu nennen sind, ²⁷⁾ erfaßt den Rechtsatz zwar in der vorliegenden Form und dem vorgegebenen Wortlaut, versucht aber, den durch die gegenwärtigen Lebensbedürfnisse bedingten Sinn und Zweck (ratio legis) zu ergründen.

Als Auslegungsziel wird nicht der Wille des historischen Gesetzgebers angestrebt, sondern der Sachgehalt des Gesetzes selbst, sein objektiver Sinn, der unabhängig ist von den subjektiven Vorstellungen des Gesetzgebers. Das Gesetz und der auszulegende Rechtssatz werden dadurch entwicklungsfähig im Interesse einer gegenwartsnahen Rechtsbildung. ²⁸⁾

In der heutigen Diskussion um das Erkenntnisziel überwiegen zu Recht die "Objektivisten" ²⁹⁾. Auch die Praxis hat sich dieser Meinung in einer gefestigten Rechtssprechung angeschlossen. ³⁰⁾

Diese objektive Betrachtungsweise ist für den Zivilrechtler schon deshalb nötig, weil er es im Falle des BGB mit einer Kodifikation zu tun hat, die dem Ende des letzten Jahrhunderts entstammt und den überkommenen Geist des wirtschaftlichen Liberalismus atmet. ³¹⁾ Eine Orientierung der Auslegung am

27) weitere Hinweise auf Vertreter der objektiven Theorie: LARENZ "Methodenlehre" S. 33 Anm. 1

28) SIEBERT, "Gesetzesauslegung" S. 10

29) Als wichtigster Vertreter sei hier LARENZ genannt, der aber auch eine Versöhnung zwischen beiden Theorien versuchte, ebenso wie BARTHOLOMEYCZIK, "Auslegung" S. 44 und SAUER, "Methodenlehre" S. 298

30) BVerfGE 1, S. 299 (312); 8, S. 274 (307); 10, S. 234 (244); 11, S. 126 (130); 19, S. 354 (362);

BGHZ 33, S. 321 (330); 36, S. 370 (377); 37, S. 58 (60); 46, S. 74 (76)

31) s. RAISER, "Vertragsfreiheit", S. 2

gesetzgeberischen Willen müßte daher in vielen Fällen zu untragbaren Ergebnissen führen. Daher meint ZIPPELIUS, ³²⁾ in einer repräsentativen Demokratie sei unter den möglichen Gesetzesbedeutungen diejenige auszusuchen, die dem herrschenden Sozialethos der Gemeinschaft am nächsten kommt.

Das eindeutige Votum, das der objektiven Theorie zukommen muß, darf aber nicht vergessen lassen, daß bei der Suche nach dem richtigen und gerechten Richterspruch die Anknüpfung an den geschichtlich - sozialen Gesetzeszweck auch ein nicht unbedeutendes Hilfsmittel sein kann. Der objektive Gesetzes-sinn wird in gewissem Grade auch durch subjektive Momente bewirkt. In Konsequenz daraus ist für den BGH ³³⁾ im Rahmen der Gesetzesauslegung der objektivierte Wille des Gesetzes maßgebend, wie er sich aus seinem Wortlaut und dem Sinnzusammenhang ergibt. Nur ergänzend ist auch die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Vorschriften heranzuziehen.

Soll die Auslegung nicht der Willkür und dem Gutdünken des Rechtsanwenders überlassen werden, sondern in einer nachprüf-baren Weise, also methodisch vor sich gehen, so sind bestimmte Kriterien notwendig, die eine Leitlinie bilden. Es sind gewisse "Sinnbestimmungsmittel" ³⁴⁾ erforderlich, um Bedeutung und Grenzen einer Rechtsnorm feststellen zu können.

Die klassische Lehre pflegt seit SAVIGNY als Auslegungs-kriterien zu nennen: die Wort- oder grammatikalische Ausle-gung, die Auslegung aus der Entstehungsgeschichte der Norm

32) a.a.O. S. 27

33) BGHZ 37, S. 58 (60) und BGHZ 46, S. 66 (76) m.w.Nw. zur Rspr. des BGH und des BVerfG

34) so der Terminus bei ZIPPELIUS a.a.O. S. 53

(die sog. historische Auslegung), die Auslegung aus dem logischen und systematischen Zusammenhang, in dem die auszulegende Norm steht (logisch-systematische Auslegung) und die Auslegung nach dem Gesetzeszweck (teleologische Auslegung).³⁵⁾

Eine Norm auslegen heißt in erster Linie die Bedeutung der Gesetzesworte zu ermitteln; zu erfragen, wie sie der allgemeine Sprachgebrauch versteht. Meistens vermag die Darlegung des Wortsinnes aber keine scharfe und detaillierte Abgrenzung zu schaffen, sondern nur die ungefähre Schwankungsbreite des Ausdrucks aufzuzeigen. Daher kann die grammatikalische Methode nur einen Kreis um den auszulegenden Begriff legen. Eine Überschreitung seiner Grenzen wäre bereits Auslegung praeter oder sogar contra legem; innerhalb seiner Grenzen stellt diese Methode mehrere Auslegungsalternativen zur Wahl, aus denen die im konkreten Fall richtige mittels weiterer Kriterien zu suchen ist.

Unter mehreren, dem Wortsinn nach möglichen Bedeutungen hat die Auslegung den Vorrang, die "im Gesamtzusammenhang der betreffenden Regelung einen durchgehenden, verständlichen Sinn ergibt".³⁶⁾ Denn jede Norm steht nicht einzeln isoliert neben der anderen, sondern in einem Gesamtsinnzusammenhang. Entstehen bei einer bestimmten Auslegung Widersprüche zu anderen Normen, bei einer anderen Auslegung aber nicht, so entspricht es der Gesetzeslogik, die Auslegung zu wählen, welche die Widersprüche vermeidet.

Auch die äußere systematische Stellung einer Vorschrift im

35) Diese klassische Methodenlehre wird auch von der Rspr verwendet. Vgl. dazu die vorbildliche Anwendung an einem konkreten Fall in BGHZ 46, S. 74 (76)

36) LARENZ, "Methodenlehre" S. 244

Gesetz kann der Auslegung behilflich sein, insbesondere dann, wenn durch die systematische Stellung eine sachliche Entscheidung des Gesetzgebers zum Ausdruck kommt.

Auch die objektive Auslegungstheorie muß anerkennen, daß der jeweilige Gesetzgeber in seinen Gesetzen seine Gerechtigkeits- und Ordnungsvorstellungen verwirklicht. Es ist daher auch für den Rechtsanwender, der auf der Basis der objektiven Auslegungstheorie steht, notwendig, die Ziele und Zwecke zu untersuchen, die der Gesetzgeber mit der Regelung erreichen wollte. Sie bieten ihm einen zusätzlichen Anhalts- und Überprüfungspunkt bei der Suche nach der richtigen Lösung.

Natürlich bleibt die objektive Auslegungstheorie nicht bei der Entstehung des Gesetzes stehen, sondern wird auch die Möglichkeit berücksichtigen, daß sich der Sinn des Gesetzes, die Gerechtigkeits- und Ordnungsvorstellungen gewandelt haben.³⁷⁾ Die Auslegung wird sich daran orientieren, welche Entscheidung der Gesetzgeber heute treffen würde, welchen Sinn die Vorschrift vernünftigerweise unter veränderten wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen in sich trägt. Es ist dem objektiven Sinn und Zweck der Vorschrift zur Geltung zu verhelfen, wobei das Ergebnis den "ethischen und sozialen Anschauungen sowie wirtschaftlichen Bedürfnissen möglichst gerecht werden soll".³⁸⁾

3. Eine besondere Stellung bei der Rechtsanwendung und Auslegung nehmen die Generalklauseln ein. Ihre formale Struktur

37) Ein deutliches Beispiel für diese Methode liefert das in neuerer Zeit ergangene Urteil des BGH in NJW 75, S. 40, das den gewandelten Anschauungen über den Urlaub eines Arbeitnehmerers als materielles Gut Rechnung trägt

38) BRÄNDL in Staudinger Einl. RdZiff 57. Erheblichen Wert auf die Beachtung des Ergebnisses der Auslegung legt auch NIPPERDEY, "Allg. Teil", § 56, III

gleicht den üblichen Rechtssätzen. Sie besitzen ebenfalls Tatbestand und Rechtsfolgen. Inhaltlich sind sie aber so weit gefaßt, daß eine Auslegung und Subsumtion nach der oben dargestellten Art und Weise nicht möglich ist. Die o.a. Auslegungskriterien müssen bei ihnen versagen, weil sie für ihre Anwendung eine wesentlich kasuistischere Norm voraussetzen, als es die Generalklauseln sind. Die für sie anzuwendenden Auslegungskriterien sind anhand ihrer Funktion zu suchen. Die große Bedeutung der Generalklauseln liegt in der Gesetzgebungstechnik. Sie haben eine doppelte Aufgabe. Einmal schließen sie die Lücken, die notwendigerweise bei einem Gesetz auftauchen, weil der Gesetzgeber unmöglich alle rechtlich zu bewältigenden Lebenssachverhalte im Gesetz vorsehen kann. Zum anderen sind sie wichtige Einbruchstellen und Regulative für die notwendige Weiter- und Fortentwicklung des Rechts. ³⁹⁾

Die Generalklauseln stellen eine allgemeine Richtlinie dar, mit Hilfe derer der Richter in jedem Fall sein positivistisch gefundenes Rechtsergebnis zu überprüfen hat. Für die richterliche Vertragsüberprüfung haben insbesondere die Paragraphen 138 und 242 BGB erhebliche Bedeutung. Mit der Anwendung des § 138 entscheidet der Richter über die Wirksamkeit oder die Unwirksamkeit einer vertraglichen Vereinbarung. § 242 BGB wird angewendet, wenn im Rahmen einer rechtlichen Sonderverbindung eine im Gesetz vorgesehene Rechtsfolge modifiziert oder eine nicht vorgesehene Rechtsfolge eingeführt werden soll. Diese Normen sind in gewisser Weise "Notbremsen" gegen unrichtige und für die Rechtsgemeinschaft unerträgliche Ergebnisse. Letztere werden durch die Generalklauseln am

39) Zur allgemeinen Problematik der Generalklauseln, insbesondere den mit ihnen verbundenen Risiken: ENGISCH, a.a.O. S. 222, Anm. 140; HEDEMANN a.a.O. und HIPPEL, "Richtlinie"

Prüfungsmaßstab des "allgemeinen Bewußtseins von Ordnung und Gerechtigkeit" gemessen.⁴⁰⁾ Die Prüfungsmaßstäbe orientieren sich an rechtsethischen und ordnungspolitischen Prinzipien; ob hierzu auch eine Berücksichtigung von Interessen Dritter zu zählen ist, wird noch zu untersuchen sein.

Weil eine solche Art von Rechtsanwendung weit in den Bereich der Wertung reicht und entfernt ist von rein logischen Vorgängen, hat sich konsequenterweise eine reiche Kasuistik um die Paragraphen 138 und 242 BGB gelagert. Auf die Richter aller Instanzen kommen jedoch jeden Tag neue, nicht in das Gerippe der Kasuistik einfügbare Fälle zu. Eine Suche nach dem, was als "sittenwidrig" oder als "Verstoß gegen Treu und Glauben" anzusehen ist, muß bald im Dickicht irrationaler, persönlicher oder willkürlicher Wertungen steckenbleiben. Als Kriterien zur Objektivierung der Auslegung von Generalklauseln können dem Richter wiederum nur weitgefaßte Prinzipien zur Hand gegeben werden. Als solche kommen die in einem Gesetz zum Ausdruck gebrachten Wertungen in Betracht oder die grundlegenden Prinzipien unserer Rechtsordnung (z.B. das Postulat der Rechtssicherheit, der Grundsatz der Gleichbewertung von Gleichwertigem). Daß sich dabei oft solche Prinzipien gegensätzlich und unvereinbar gegenüberstehen, erhöht nur noch die Schwierigkeit der Rechtsfindung in diesem Bereich.

III. RICHTERLICHE RECHTSFORTBILDUNG

(Rechtsfindung praeter legem)

1. Die Generalklauseln bieten dem Richter häufig die dogmatische

40) WEBER, "Treu und Glauben", Anm A, 109

Einstiegsmöglichkeit für eine Rechtsfortbildung praeter legem.⁴¹⁾ Für diese Art der Rechtsfindung gelten indes in einem gewissen Rahmen andere methodische Regeln als für die Auslegung. Rechtsfortbildung ist dem Richter dann gestattet, wenn für den zu entscheidenden Fall das Gesetz eine Regelung "vergessen" hat. Mit anderen Worten, wenn es lückenhaft ist, ist der Richter berechtigt und verpflichtet, praeter legem zu entscheiden. Eine solche Rechtsfortbildung ist in der Regel für den Richter also nur dann zulässig, wenn das Gesetz keine ausdrückliche Regelung für den zu entscheidenden Fall anbietet und dies keine bewußte Auslassung des Gesetzgebers darstellt. Eine die Rechtsfortbildung fordernde Lücke liegt also nicht in jedem Falle des Schweigens des Gesetzes vor.

Sie ist dann gegeben, wenn eine unbefriedigende Unvollständigkeit des Gesetzes in Erscheinung tritt und eine Regelung für bestimmte Sachverhalte erwartet wird, aber nicht vorliegt. Die Frage, ob rechtsfortbildungsfähige Lücke oder nicht, ist letztlich ein Wertungsproblem, das erst infolge eines unbefriedigenden Ergebnisses zum Tragen kommt. Da es eine hohe Aufgabe der Rechtsanwendung ist, subjektive Wertungen zu vermeiden, ist die Abgrenzung, ob Lücke oder nicht, dem Standpunkt der dem Gesetz immanenten Grundgedanken zu entnehmen. Eine Lücke liegt dann vor, wenn der Sinn und Zweck des Gesetzes, seine Teleologie, eine fehlende Regelung erwarten läßt; d.h. "eine planerische Unvollständigkeit" vor-

41) Die Diskussion, ob im Falle der Anwendung von Generalklauseln immer nur von Auslegung gesprochen werden kann, wie ENGISCH a.a.O. S. 137 meint, oder ob die Generalklauseln dogmatische Ansatzpunkte und letztlich sogar die Anforderung für eine Rechtsfortbildung darstellen, - so BVerfG JZ 54, S. 36 - ist nur von geringem heuristischen Wert, zumal ENGISCH selbst einräumt, daß die Grenze zwischen Rechtsanwendung secundum legem und Lückenausfüllung praeter legem bei den Generalklauseln unscharf wird.

liegt, wie es LARENZ formuliert. 42)

Gesetzeslücken liegen aber nicht nur vor, wo das Gesetz überhaupt keine Norm für die Entscheidung eines bestimmten Sachverhalts bereitstellt, sondern auch dort, wo eine Entscheidung durch eine Norm getragen wird, das Ergebnis aber untragbar ist. 43) Die Wertung, daß das Ergebnis einer Rechtsfindung nicht akzeptiert werden kann, gilt dann methodisch als richtig, wenn das gefundene Ergebnis dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderläuft oder Rechtsprinzipien der Gesamtrechtsordnung (z.B. dem Gleichheitssatz) widerspricht.

Die Methode, um die Gesetzeslücken zu schließen, ist die der Analogie. 44) Ihr Grundgedanke ist die Gleichbewertung von Gleichwertigem. Eine im Gesetz geregelte Rechtsfolge soll auch für solche Fälle gelten, die nicht unter die Tatbestandsmerkmale einer Norm subsumierbar sind, - auch nicht bei weitester Auslegung - deren Grundgedanken oder deren ratio aber auch auf den nicht im Gesetz geregelten Sachverhalt anwendbar sind (sog. Gesetzesanalogie). Die zentrale Schwierigkeit des Analogieschlusses liegt in der Bewertung des abstrakten Gesetzestatbestandes und des konkreten Sachverhalts als ähnlich und rechtlich gleichwertig. Die Gleichsetzung von sich nicht gänzlich deckenden Sachverhalten ist nur dann gerechtfertigt, wenn sie gerade in den Punkten übereinstimmen, die für die Auslösung der Rechtsfolge als wesentlich anzusehen sind.

42) LARENZ, "Methodenlehre", S. 286

43) BARTHOLOMEYCZIK a.a.O. S. 82

44) Der Entwurf I des BGB enthielt als § 1 die Vorschrift: "Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften sind die aus dem Geist der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze maßgebend". Letztlich wurde diese Vorschrift wieder gestrichen, weil man der Auffassung war, eine gesetzliche Regelung juristischer Methoden sei nicht erforderlich - vgl. MUGDAN Bd. I, S. L II, 365, 368 ff

Auch das Herausschälen der für einen gesetzlichen Tatbestand wesentlichen Elemente ist ein wertender Erkenntnisvorgang, dessen Richtigkeitskriterien letztlich der Wertung des Gesetzes zu entnehmen sind.

Der Analogieschluß vollzieht sich in zwei Stufen. Zum ersten ist ein Ausscheiden spezifischer Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes und eine Abstrahierung auf seinen Kern vorzunehmen. Zum zweiten muß dann die Wertung hinzutreten, daß der so "aufbereitete" Tatbestand dem nicht geregelten Sachverhalt wesensgleich ist und an diesen die Rechtsfolge des gesetzlichen Tatbestandes geknüpft werden darf.⁴⁵⁾

Ein Sonderfall des Analogieschlusses ist das "argumentum a minore ad maius". Es besagt letztlich nur, daß der schwerere im Gesetz nicht geregelte Fall erst recht die Rechtsfolgen eines im Gesetz vorgesehenen minder schweren Falles auslösen muß. Die Frage, ob ein solches Stufenverhältnis besteht, wertungsgemäß der geringere Fall im schwereren enthalten ist, kann nur durch die o.a. Regeln der Analogie festgestellt werden.

Ebenso verhält es sich mit dem "argumentum a maiore ad minus". Dieses besagt, daß in einer weitergehenden Regel die weniger weitgehende enthalten ist.

Der Analogie stellt man das "argumentum e contraio", den Umkehrschluß gegenüber. Er ist eine Art Grenze für die Anwendung der Analogie. Denn diese ist dann nicht möglich, wenn eine Rechtsfolge nur in den durch das Gesetz be-

45) ZIPPELIUS, "Methodenlehre", S. 69

stimmten Fällen eintreten soll. Ob dies der Fall ist, kann nur durch die Auslegung der Norm und die Untersuchung ihres Sinnes und Zweckes ermittelt werden.

2. Läßt sich die Lücke des Gesetzes durch keinen zutreffenden Analogieschluß ausfüllen und entspricht das mit Hilfe des Gesetzes gefundene Ergebnis nicht dem herrschenden Sozialethos, ist der Richter auf der Suche nach objektiven Argumenten auf allgemeinste Rechtsprinzipien angewiesen. So formuliert der Entwurf I des BGB in § 1 den Grundsatz, daß "die aus dem Geist der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze maßgebend" ⁴⁶⁾ seien. LARENZ ⁴⁷⁾ läßt eine so weit vom Gesetz entfernte Rechtsfortbildung nur zu, wenn ein unabweisbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs, die Natur der Sache oder ein rechtsethisches Prinzip diese erfordern.

Der Richter steht in solchen Fällen im Spannungsverhältnis zwischen Bindung an Recht und Gesetz und der Pflicht, sozial erträgliche Urteile zu fällen. Im Zweifel ist er immer an Recht und Gesetz gebunden. Diese Bindung darf er nur zur Verhütung sozialpathologischer Urteilsergebnisse verlassen. Schon sehr früh sahen sich z. B. Rechtsprechung und Wissenschaft dem Problem gegenübergestellt, daß im BGB als Leistungsstörungen zwar die Unmöglichkeit und der Verzug geregelt waren, aber nicht Schlechtleistungen oder die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten, ebenso daß das Gesetz keinen Schadensersatzanspruch vorsieht, wenn es zu tatsächlichen, vorvertraglichen Kontakten, aber zu keinem Vertragsabschluß kommt.

46) s. MUGDAN Bd I, S. I II

47) "Methodenlehre" S. 305

Für alle diese Fälle fand die Rechtsprechung keine unmittelbare Antwort im BGB, sondern begründete die vorgenommene Rechtsfortbildung mit allgemeinen Prinzipien des Rechts, mit einer vergleichenden Betrachtung bereits geregelter Sachverhalte und mit der Veränderung der sozialen und wirtschaftlichen Gegebenheiten, die von dem Gesetzgeber nicht vorhersehbar waren und eine Weiterentwicklung des Rechts notwendig machten.

IV. ERGEBNIS

Schon der rasche Überblick über die klassische Methodenlehre läßt erkennen, daß sie keine Antwort auf die Frage zu geben vermag, ob es zulässig und unter Umständen sogar notwendig ist, bei der Rechtsfindung und Entscheidung über Verträge Interessen und insbesondere Interessen am Vertrag Unbeteiligter zu berücksichtigen. Der Richter wird letzten Endes immer auf die Wertung des Gesetzes und die allgemeinen Grundsätze der Rechtsordnung verwiesen. Es wird ihm aber kein methodisches Mittel an die Hand gegeben zur Lösung der Frage, welcher von mehreren Wertungen oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen er im konkreten Fall den Vorzug geben soll. Die herkömmliche Methodenlehre vermittelt den Eindruck eines statischen Wertsystems des Rechts, dessen Bezugspunkte in einem Koordinatenkreuz liegen, so daß dem Richter nur die Pflicht obliegt, die konkrete Entscheidung daraus abzulesen.

Schon die Frage nach der Interessenberücksichtigung stört dieses Bild. Nach allgemeinen Anschauungen ist Interesse ein Begriff mit egoistischem, subjektiven und profanem Inhalt, der nicht ohne Schwierigkeit in Zusammenhang mit

solchen rechtsethischen Begriffen, wie Gerechtigkeit gebracht werden kann.

Ein Blick auf die Rechtstatsachen lehrt uns aber, daß Verträge vor allem im wirtschaftlichen Leben des Menschen eine Rolle spielen. Unsere Wirtschaftsverfassung basiert im Grundsatz auf dem Streben des Menschen, auf Kosten anderer für sich Vorteile zu schaffen. Die Richtigkeit dieses Systems wird darin gesehen, daß das Streben aller nach Vorteilen sich gegenseitig beschneidet und daher zu einem gerechten Ausgleich führt. Diesen dynamischen Vorgängen wird die klassische Methodenlehre, die die Rechtswissenschaft eher als eine Geistes-, als eine Sozialwissenschaft betrachtet, nicht völlig gerecht. Im Rahmen einer solchen Wirtschaftsverfassung hat insbesondere das zivilrechtliche Vertragsrecht die Funktion, eine übermäßige Durchsetzung von Interessen einer Partei zu Lasten anderer Personen zu verhindern.

Deshalb sind die herkömmlichen Rechtsfindungsmethoden durch zusätzliche "Erwägungsmuster" ⁴⁸⁾ zu ergänzen und zu verfeinern; insbesondere ist zu beweisen, daß Verträge nicht Ergebnisse statisch vorgegebener Wertsetzungen sind, sondern Produkte miteinander ringender Kräfte und Interessen und daß diese Erkenntnisse bei der Rechtsfindung zu berücksichtigen sind. Kurz, daß die Interessenberücksichtigung ein zulässiges Kriterium der Vertrags- und Gesetzesauslegung ist.

48) ZIPPELIUS a.a.O. S. 58

2. Abschnitt: DIE METHODEN DER INTERESSENBERÜCKSICHTIGUNG

I. Begriff des Interesses

1. Bevor die Berechtigung der Interessenberücksichtigung im Rahmen richterlicher Rechtsfindung untersucht wird, sind einige Bemerkungen zu dem begrifflich schillernden und im allgemeinen Sprachgebrauch häufig verwendeten Wort "Interesse" anzuführen. Interesse ist kein Rechts- oder Gesetzesbegriff, dessen Inhalt jedem Juristen auf Anhieb klar ist, wie z. B. die termini technici "Rechtsgeschäft" oder "Willenserklärung".

Der Begriff Interesse entstammt vielmehr dem Bereich des Tatsächlichen, dem Alltag. Er wird in vielen Situationen des Lebens verwendet, in der Politik, in der Wirtschaft, aber auch im Zusammenhang mit den Wünschen und Vorstellungen eines Menschen. Es ist kein für Zwecke des Rechts geschaffener Begriff. Er wird aber auch in der Jurisprudenz verwendet (so u.a. im Schadensersatzrecht). Will man sich die Bedeutung und den Inhalt dieses Wortes veranschaulichen, so ist vom Verständnis des Alltags auszugehen. Menschen können Interessen an anderen Menschen, Gegenständen, am Ablauf von Vorgängen oder dem Erhalt oder der Veränderung von bestimmten Zuständen haben. Ganz allgemein bezeichnet "Interesse" eine werthafte psychologisch-geistige Beziehung von Menschen zu ihrer Umwelt. Interesse hat einen Bezugspunkt, auf den es sich richtet und dem der "interessierte" Mensch eine Wertung zueignet und sich damit ein Zuordnungsverhältnis schafft.

Schon hier deutet sich der mögliche Konflikt an, daß mehrere Menschen Interesse am gleichen Bezugspunkt haben und ihre Zuordnungswertung sich gegenseitig ausschließt.

Auf ähnlichen Gedanken beruhen praktisch alle Definitionen, die die Rechtswissenschaft bisher für den Begriff Interesse gefunden hat. Für HECK⁴⁹⁾ ist "Interesse diejenige Bedeutung, die Lebensgüter für die Menschen haben und daher das Begehren nach Lebensgütern". WESTERMANN⁵⁰⁾, definiert den Begriff als "Begehrungsvorstellungen, ... das sind in der Regel Wünsche auf materielle Vorteile, können aber auch ideelle Bestrebungen sein". HUBMANN⁵¹⁾ meint, Interesse sei "das Streben der Menschen nach Gütern und Werten und die Sorge um ihre Erhaltung".

Diesen Definitionen haftet insgesamt eine gewisse Ungenauigkeit an, weil sie den Bezugspunkt des Interesses selbst bereits als Wert oder Gut bezeichnen, obwohl dieser an sich ohne Wert ist. Diesen erhält er erst durch eine Wertung, die individuell verschieden sein kann. Deutlicher bringt dies KRAFT⁵²⁾ in seiner Erläuterung zum Ausdruck: "Interesse ist ... gedankliche Beziehung zwischen einer Person, dem Träger des Interesses, und der außer ihm liegenden Welt, wobei diese Beziehung durch den Träger des Interesses selbst, d. h. subjektiv hervorgerufen wird".

Der Kern des Begriffes Interesse besteht darin, daß der Mensch sich eine geistige Zuordnung zu einem Bezugspunkt schafft und infolge dieser Beziehung jenem Bezugspunkt eine bestimmte Wertung verleiht. Die Frage, ob der dem Bezugspunkt beigelegte Wert objektiv billigenswert und schutzwürdig ist, kann nicht eine Frage der Definition des Begriffs Interesse sein, sondern

49) HECK, "Begriffsbildung" S. 37 und "Rechtsgewinnung" S. 29

50) WESTERMANN, "Streitentscheidung", S. 14

51) "Abwägung" S. 96

52) a.a.O. S. 11

stellt sich erst in der Diskussion um die Interessenbewertung. Ein Mensch kann verabscheuungswürdige Interessen haben; trotzdem bleiben es seine Interessen.

2. Rein begrifflich ist vom Interesse das Bedürfnis zu unterscheiden. MÜLLER-ERZBACH ⁵³⁾ sieht beide Begriffe annähernd inhaltlich gleich. Dem ist entgegenzuhalten, daß das Bedürfnis die innere Reaktion des Menschen auf einen Mangel darstellt, während das Interesse zumindest nicht ausschließlich eine Reaktion ist, sondern sich von alleine aktiv entfalten kann.

Die dargelegte Begriffsbestimmung versucht, das Wort in seiner allgemeinen Bedeutung zu erfassen. Da es jedoch als juristischer "Arbeitsbegriff" ⁵⁴⁾ verwendet werden soll, ist eine differenziertere Betrachtungsweise und Abgrenzung notwendig. Je präziser ein Begriff inhaltlich feststeht, desto eher lassen sich Mißverständnisse ausschließen.

3. Die erste zu beantwortende Zweifelsfrage ist, ob unter Interesse nur ein aktualisiertes zu verstehen ist; d.h. sollen im Bereich des Rechts nur die Interessen relevant sein, die dem Interessenträger bewußt sind? Viele Lebensvorgänge spielen sich ohne Kenntnis solcher Personen ab, die, bei Kenntnis der Sachlage, ein Interesse an ihnen entwickeln würden. So wissen meist die Gläubiger eines Schuldners nicht, wenn sich ein anderer Gläubiger durch eine Sicherungsübertragung zu Lasten der Mitgläubiger eine übermäßige Absicherung seiner Forderung verschafft. In Kenntnis der Vorgänge würden

53) "Rechtswissenschaft" S. 41; JZ 52, S. 193 und "Interessenjurisprudenz", S. 12

54) HECK, "Begriffsbildung", S. 38

sie ein Interesse entwickeln, diesen Vorgang zu verhindern. Man würde dem Zufall Tür und Tor öffnen, würde man in dem Beispielsfall den Vorgang "übermäßige Sicherung" nur dann aus der Interessenlage der Mitgläubiger sehen, wenn ihnen der Vorgang durch Zufall bekannt wäre. Für die Anwendung des Interessenbegriffes im Bereich des Rechts gälte daher auch ein sog. latentes Interesse als Interesse.⁵⁵⁾

4. Es fragt sich weiter, mit welchem Inhalt ein latentes Interesse zu füllen ist. Das gleiche Problem stellt sich auch, wenn der Interessenträger zwar ein aktualisiertes Interessenbewußtsein bezüglich eines Bezugspunktes besitzt, der Richter aber, der die Interessen der Beteiligten aufzuspüren versucht, dieses nicht kennt. Die Alternative, solche "Interessen" gar nicht erst zu suchen und damit unberücksichtigt zu lassen, muß ausscheiden, weil, wie bereits o.a., die Aktualisierung oder Kenntnis von Interessen nur von Zufällen abhängig ist. Eine Rechtsfindung, die nicht versucht, solche Zufälle auszuschließen, wird häufig Gleiches ungleich und damit ungerecht beurteilen.

Soweit ersichtlich, wurde die Frage der Inhaltsbestimmung von latenten oder nicht bekannten Interessen in der Wissenschaft nur von HECK⁵⁶⁾ in dem Satz ausgesprochen, daß zu Interessen "... auch diejenigen Verhältnisse, die ein solches Begehren normalerweise verursachen (Interesse im

55) So andeutungsweise auch schon HECK, "Begriffsbildung", S. 37; ähnlich auch KRAFT a.a.O. S. 12

56) "Begriffsbildung" S. 37; KRAFT a.a.O. S. 28 f. untersucht ebenfalls den Begriff des objektiven Interesses. Er versteht darunter aber einen Bewertungsfaktor von subjektiven Interessen, weil Interessen qua definitione subjektiv seien

objektiven Sinn)" zu zählen sind. Die Worte "normalerweise" und "objektiv" weisen auf den Weg der Lösung. Deutlich wird dies an dem Beispiel der Übersicherung einer Forderung eines Gläubigers zu Lasten anderer Gläubiger. Der über die Rechtswirksamkeit der Sicherungsübereignung entscheidende Richter kann nicht alle anderen Gläubiger kennen, geschweige denn ihre Interessenlagen in dieser konkreten Situation. Im Normalfall kann davon ausgegangen werden, daß jeder Gläubiger keine Benachteiligung wünscht. Es wäre aber auch denkbar, daß einer wegen einer besonderen Beziehung zum Erstgläubiger an dessen Übersicherung interessiert ist. Solchen Eventualitäten kann ein Richter nicht nachspüren. Er muß davon ausgehen, welche Interessen üblicherweise ein vernünftig denkender und auf seine Interessenwahrung bedachter Mensch verfolgen würde. Es sind die typischen Interessen ⁵⁷⁾ der konkret vorhandenen Situationen zu suchen. Sie bilden den Interesseninhalt im Falle latenter und dem Richter unbekannter Interessen.

Es sei aber angemerkt, daß mit der Inhaltsbestimmung von Interessen noch nichts über deren Wert und Bewertung im Rahmen der Rechtsordnung gesagt ist.

5. Zum Verständnis dessen, was der juristische Arbeitsbegriff Interesse inhaltlich bedeutet, ist auch der scheinbare Dualismus der Begriffe private und öffentliche Interessen zu untersuchen.

Von vornherein können solche Fälle vom Begriff der öffentlichen Interessen ausgeschlossen werden, wenn eine Mehrheit von Per-

57) Den Begriff "typische Interessen" verwendet KRAFT a.a.O. S. 26 bei der Erörterung der Bedeutung der Interessen für die Rechtsbildung

sonen gemeinsame Interessen haben. Die Tatsache, daß eine Vielzahl von Individuen die gleichen Interessen haben, transformiert diese individuellen Interessen noch nicht in öffentliche.

Diese werden durch überindividuelle Gesichtspunkte geprägt und bestimmt. Die öffentlichen Interessen sind nicht werthafte, psychologisch-geistige Beziehungen zu irgendwelchen Bezugspunkten, welche die Öffentlichkeit oder der Staat oder das Gemeinwesen entwickeln. Als Nicht-Individuen, auch wenn sie juristisch als Personen gelten, können sie derartige Beziehungen nicht haben. Es kann sich aber ein allgemeiner Konsens bilden über das, was als notwendig für ein geordnetes Zusammenleben anzusehen ist. Diese allgemeinen Vorstellungen über gemeinschaftsnützlich und gemeinschaftsschädigendes Verhalten stellen die öffentlichen Interessen dar.

KRAFT⁵⁸⁾ schränkt die öffentlichen Interessen dahingehend ein, daß als solche nur diejenigen angesehen werden dürfen, die letztlich im Interesse aller Staatsbürger bestehen, und zwar im wohlverstandenen Interesse aller Glieder der Gemeinschaft. Eine Präzisierung dieser Gedanken führt zu der Überlegung, daß die öffentlichen Interessen als grundlegende Prinzipien der Gemeinschaftsordnung, eigentlich keine Interessen im hier verstandenen Sinne sind,⁵⁹⁾ sondern inhaltlich mit dem Begriff "ordre public" identisch und gleichzusetzen sind.⁶⁰⁾ Dieser ist zwar kein gesetzlicher Begriff des BGB,

58) a.a.O. S. 17

59) vgl. auch ESSER, "Grundbegriffe", S. 148

60) Schon STEINBACH a.a.O. S. 15 setzte den Begriff ordre public mit dem der öffentlichen Interessen gleich.

aber in der Wissenschaft ein anerkannter Arbeitsbegriff,⁶¹⁾ über dessen Inhalt weitgehend Einigkeit besteht.

Der ordre public ist "das Ordnungsgefüge einer konkreten Staats- und Rechtsordnung".⁶²⁾ Er "verwirklicht die Vorstellungen über die Ordnung des gesellschaftlichen Geschehens, schützt und setzt die Rechtsinstitute, sowie die Prinzipien der Rechtsordnung durch".⁶³⁾ Die Erhaltung oder Herstellung und Verteidigung dieses Zustandes ist der Inhalt der öffentlichen Interessen. Dies gilt auch für das Zivilrecht.⁶⁴⁾ Es ist ebenfalls ein Teil der Rechtsordnung, auch wenn es nur Rechtsbeziehungen der Bürger untereinander gestaltet.

So wird z. B. der Fall, daß zwei kreditsuchende Personen gegenseitig Wechsel aufeinander ziehen (Wechselreiterei) nicht unter dem Gesichtspunkt erörtert, ob beabsichtigt wurde, Dritte zu täuschen. "Entscheidend ist, daß solche Wechselgeschäfte ihrer ganzen Anlage nach auf einen Mißbrauch der Einrichtung des Wechsels hinauslaufen. Es liegt ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung - ordre public - vor, der ein gemeinschaftschädigendes Geschäft nichtig macht."⁶⁵⁾ Es liegt im öffentlichen Interesse, derartige Geschäfte zu unterbinden,

61) Besonders K. SIMITIS, "Gute Sitten und ordre public" hat zur Wiederbelebung und Inhaltserläuterung des Begriffes beigetragen, nachdem durch den BGB-Gesetzgeber eine zuerst vorgeschlagene Übernahme in § 138 abgelehnt wurde.

Gegen eine Verwendung des Begriffes ordre public spricht sich insbesondere LARENZ, "Allg. Teil", § 22, III aus

62) NIPPERDEY 42. DJT II. Bd/D S. 10

63) SIMITIS a.a.O. S. 172

64) Entgegen der Ansicht von DIETZ a.a.O. S. 11, der im Zivilrecht nur eine Ausgleichung der in Mitleidenschaft gezogenen Interessen der Bürger, unabhängig von jedem Interesse des Staates vorgenommen wissen will, spielen im Zivilrecht auch die öffentlichen Interessen eine Rolle

65) BAUMBACH-HEFERMEHL, "Wechselgesetz" Art. 17 RdNr. 52

weil eine Aushöhlung des Rechtsinstituts "Wechsel" das wirtschaftliche und kaufmännische Kreditwesen erheblich stören würde.

Dieser Fall zeigt auf, daß zwischen individuellen und öffentlichen Interessen weder Antinomie noch Dualismus herrschen, sondern ihre Zielrichtungen häufig parallel verlaufen. So ist auch entscheidend für die Unwirksamkeit der Wechselreiterei, daß sie die Vermögenslage Dritter, insbesondere die der Kreditgeber - also individuelle Interessen - gefährdet. Dieser Gleichlauf der Interessen ist folgerichtig. Die öffentlichen Interessen sind Sachwalter eines geordneten Zusammenlebens und der es tragenden Rechtsprinzipien und Rechtsinstitute. Ihre Funktion ist letztlich eine dem Menschen dienende. Daher führt eine Mißachtung öffentlicher Interessen meist auch zur Verletzung irgendwelcher individueller Interessen. 66)

Mit den bisherigen Feststellungen wurde zwar eine Erhellung des Begriffsinhaltes der öffentlichen Interessen vorgenommen, aber die Art der Beziehung, die sie zu den individuellen Interessen haben, ist noch ungeklärt. Die öffentlichen Interessen sind wie o. a. keine Interessen in dem hier verstandenen Sinn, sondern repräsentieren den Inhalt einer Sollensordnung.⁶⁷⁾ Sie stellen für tatsächliche Vorgänge rechtliche Bewertungsgesichtspunkte dar. Verstößt ein Sachverhalt gegen die öffentlichen Interessen, so haftet ihm rechtlich ein Wertungsminus an. Auch im Verhältnis zu den individuellen Interessen ist

66) Eine Umkehrung dieses Satzes ist natürlich nicht möglich, weil sich die individuellen Interessen selten an den öffentlichen Interessen orientieren

67) Um Verwechslungen zu vermeiden, wäre es nützlich, den inhaltsgleichen Begriff *ordre public* zu verwenden

daher das öffentliche Interesse ein Bewertungsfaktor. Das Individualinteresse wird positiv bewertet, wenn es mit dem ordre public gleichläuft. Widerstreiten sich beide Interessen, wird dem Individualinteresse ein negativer Bewertungsfaktor zugeordnet. So wiegt in dem o.a. Beispiel das individuelle Interesse der durch die Wechselreiterei gefährdeten Dritten mehr, weil es nach einem Zustand strebt, der dem ordre public entspricht und im öffentlichen Interesse liegt. Die individuellen Interessen der zwei Kreditsuchenden werden dagegen mit einem Minuspunkt belastet, weil sie den öffentlichen Interessen widersprechen.

HUBMANN ⁶⁸⁾ dagegen meint: "Zu Unrecht wird nun manchmal angenommen, daß die Gemeinschaftsinteressen die Maßstäbe seien, an denen die Privatinteressen zu messen seien." Er wendet sich damit gegen die Phrase "Gemeinnutz geht vor Eigennutz". Der scheinbare Gegensatz zwischen der hier vertretenen Ansicht ⁶⁹⁾ und HUBMANN basiert auf einem unterschiedlichen Verständnis der Begriffe öffentliche Interessen. Ihren Inhalt, wie er hier verstanden wird, verwendet auch HUBMANN als Wertungskriterien für die individuellen Interessen. Für ihn ist die Entscheidung darüber, ob ein Interesse schutzwürdig ist und welche Rangstelle es in der objektiven Werteskala einnimmt, dem Gesetz zu entnehmen, daneben aber auch an der "gesamten Rechtsordnung", "an ihrer Grundhaltung" und "ihrem Geist" ⁷⁰⁾ zu prüfen.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten: Jeder Mensch entfaltet zu Bezugspunkten in seiner Umwelt (andere Menschen, Gegenstände oder Vorgänge) geistige Beziehungen. Dadurch gruppieren sich

68) "Abwägung" S. 98

69) Vgl. auch KRAFT a.a.O. S. 16

70) HUBMANN, "Abwägung" S. 98, 99

diese Bezugspunkte aus seiner Sicht - wie die Planeten um die Sonne - in ein bestimmtes Verhältnis zu seiner Person und erhalten dadurch einen bestimmten Wert für ihn. Wie es im Sonnensystem sonnenfernere und -nähere Planeten gibt, denen dadurch eine unterschiedliche Sonnenwärme zuteil wird, so besitzt der Mensch stärkere oder schwächere Beziehungen zu den Bezugspunkten. D. h. er entwickelt stärkere oder schwächere Interessen. 71)

Ist dem Interessenträger ein Bezugspunkt unbekannt, und würde er ihn bei Kenntnis nach allgemeiner menschlicher Erfahrung in seine Interessensphäre mit aufnehmen, oder kennt der Richter die Interessensphäre eines Betroffenen nicht, so darf die jeweilige Kenntnis oder Unkenntnis, die zufallsabhängig ist, nicht entscheidungserheblich sein. Die latenten und unbekannten Interessen muß der Richter ebenso in seine Entscheidungen mit einfließen lassen, - wenn eine Interessenberücksichtigung zulässig ist, wie noch zu erörtern sein wird - wie die aktualisierten und ihm bekannten. Bei der Frage, von welcher Art die nicht bekannten Interessen sind, muß von den typischen und allgemein üblichen Interessensneigungen eines Menschen in der vom Richter zu beurteilenden Situation ausgegangen werden.

Der Interessenbegriff, wie er hier dargelegt wurde, basiert auf den individuellen Interessen, die nur von einer natürlichen Person entwickelt werden können. Daher sind die öffentlichen Interessen keine echten Interessen. Sie sind inhaltlich mit dem Rechtsbegriff "ordre public" identisch und repräsentieren die rechtlichen Prinzipien und Grundsätze eines geordneten

71) Vgl. auch van der VEN a.a.O. S. 451

menschlichen Zusammenlebens. Die individuellen Interessen werden u.a. am Maßstab der öffentlichen Interessen gemessen, sie erfahren bei Übereinstimmung ein Wertungsplus und bei Zuwiderlaufen ein Wertungsminus. Es ist jedoch festzuhalten, daß nicht in jedem Fall die öffentlichen Interessen einen Wertungsmaßstab abgeben, sondern durchaus den individuellen Interessen auch neutral gegenüberstehen können.

II. ENTWICKLUNG UND STAND DER METHODE DER INTERESSENBERÜCKSICHTIGUNG ⁷²⁾

1. Die Tatsache, daß Interessen im Recht eine Rolle spielen, ist so alt, wie es Recht gibt. Die Berücksichtigung dieses Factums durch die Rechtswissenschaft und die Praxis in der Moderne ist aber noch keine hundert Jahre alt. Die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts wurde durch zwei Grundpfeiler charakterisiert. Sie war historisch und sie war systematisch. ⁷³⁾

Die Systematik entstammt der Philosophie der aufklärerischen Naturrechtslehre und des in voller Blüte stehenden deutschen Idealismus. Das positive Recht wurde als eine in sich geschlossene und logisch determinierte Einheit angesehen, die durch Begriffe und Institutionen getragen wurde. Die richterliche Entscheidung betrachtet man als logische Ableitung eines konkreten Satzes aus allgemeinen Prinzipien und Definitionen. Rechtsfindung war ein reiner, formallogisch-deduktiver Vorgang.

72) Zur Entstehung und Entwicklung der Interessenjurisprudenz: EDELMANN, "Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz"

73) s. auch COING JZ 51, S. 481

Die Systematik wurde von der historischen Methode unterstützt, weil die Rechtsgeschichte in der Lage sei, "organische Prinzipien" zu entdecken, die zeitlose Gültigkeit haben. "Das Ergebnis ist eine Wissenschaft von wirklich imponierender Größe. Das Recht als logisch determinierte Einheit; die Rechtsgeschichte als Entfaltung der systematischen Begriffe in der Zeit und als Grundlage der Dogmatik"; ⁷⁴⁾ die richterliche Entscheidung als ein logisches Erkenntnisverfahren nach den Methoden der Deduktion, auch für im Gesetz nicht unmittelbar geregelte Fälle.

In der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts verlor diese Jurisprudenz, insbesondere wegen der veränderten sozialen Verhältnisse ihren geistigen Zusammenhang. Das Ergebnis war ein formales und hohles Denken in Begriffen - die Begriffsjurisprudenz. Ihr entscheidender Mangel war, daß sie den konkreten Sachverhalt durch ein Einzwängen in das Begriffssystem vergewaltigte. Die Folge: eine Lebensfremdheit, die den Bedürfnissen des Lebens nicht gerechtwerdende Ergebnisse hervorbrachte.

Gegen diese Jurisprudenz wandte sich als erster ihr ehemaliger Verfechter VON SAVIGNY. Er erkannte, daß jeder Rechtsatz gerade in seiner sozialen Funktion gesehen werden muß, daß Recht einem gesellschaftlichen Zweck dient. ⁷⁵⁾

Die Ausformung dieser Gedanken und ihre Anwendung im Bereich der Rechtsfindung wurde später von HECK, dem Begründer der

74) COING JZ 51, S. 482

75) Vgl. LARENZ, "Methodenlehre", S. 47

sog. Interessenjurisprudenz ⁷⁶⁾ vollzogen. Er verwirft eine Rechtsfortbildung im Wege logisch-formalen Vorgehens und den Glauben an die logische Geschlossenheit der Rechtsordnung. ⁷⁷⁾ Er sieht, daß die Begriffsjurisprudenz den Richter auf die logische Subsumtion des Sachverhalts unter die Rechtsbegriffe beschränkt, weil sie die Rechtsordnung als ein in sich geschlossenes System von Rechtsbegriffen auffaßt. Daher erstrebe sie - nach HECK ⁷⁸⁾ - ein Primat der Logik, während die Interessenjurisprudenz das Primat der Lebensforschung und Lebenswertung suche. Die Erkenntnis für HECK aus dieser Forschung war, daß er das Recht als ein Produkt von unterschiedlichen Interessen begriff (sog. genetische Interessenjurisprudenz). Sein häufig zitierter Satz, daß die Gesetze die Resultanten der in jeder Rechtsgemeinschaft einander gegenüber tretenden, um Anerkennung ringenden Interessen materieller, nationaler, religiöser und ethischer Richtung sind, trifft den Kern seiner Analyse. ⁷⁹⁾ Interessen sind die causae der Rechtsbildung.

Die Feststellung, daß es eine wichtige Aufgabe und Funktion der Rechtsordnung ist, entgegenstehende Interessen auszugleichen, hat sich heute allgemein durchgesetzt. So analysiert z. B. der BGH, ⁸⁰⁾ daß jedem Gesetz eine Interessenabwägung

76) Diese ältere Interessenjurisprudenz wird auch als "Tübinger Schule" bezeichnet, weil ihre wichtigsten Vertreter in Tübingen lehrten; neben HECK besonders HEINRICH STOLL, GUSTAV RÜMELIN, sowie dessen Sohn MAX

77) BOEHMER, "Grundlagen" II, 1 S. 190 f.

78) HECK, "Begriffsbildung" S. 2

79) HECK AcP 112, S. 17

80) BGHZ 17, S. 866, NJW 55, S. 1276

zugrundeliegt, die in bestimmter Weise auf das Leben einwirken will.

Aus dem Wesen der Gesetze als soziale Konfliktsentscheidungen ergibt sich die richtige Methode der Gesetzesauslegung und -anwendung. Die Auslegung beginnt mit dem Verständnis für den Interessenkonflikt, den das Gesetz regeln wollte. Dies ist in erster Linie durch das Heranziehen der Gesetzesmaterialien zu erreichen. Das macht deutlich, warum HECK ⁸¹⁾ als Methode der Auslegung die historische Interessenforschung verlangte und sich gegen jegliche objektive Auslegungslehre wandte.

2. Die gleiche Grundauffassung wie HECK vertretend, versuchte MÜLLER-ERZBACH die Lebensfaktoren, die hinter den Interessen stehen und das Recht inhaltlich determinieren, zu erfassen. Während HECK im wesentlichen bei der Interessenabwägung des historischen Gesetzgebers stehenblieb, sucht MÜLLER-ERZBACH die typischen, über den historischen Einzelfall hinausgehenden Elemente zu erfassen, soweit sie für die Rechtsbildung kausal sind. ⁸²⁾ Diese Kausalität ist für ihn keine mechanische im naturwissenschaftlichen Sinn. Die Grundelemente des Zusammenlebens wirken sich nur auslösend auf die Rechtsbildung aus. Als die einfachsten Lebensfaktoren findet MÜLLER-ERZBACH, ⁸³⁾ das menschliche Bedürfnis und das Interesse eines Menschen, das ihn drängt, seine Mitmenschen anzugehen; die Macht, das Begehren zu befriedigen; das Vertrauen zu Mitmenschen, sowie Verantwortungsbewußtsein.

81) in AcP 112, S. 59 ff.

82) Daher die Bezeichnung "kausales Rechtsdenken"

83) in AcP 154, S. 307 ff.

Die eben genannten Faktoren bestimmen aber nicht ohne weiteres die Bildung des Rechts: "Vielmehr muß das Recht jedes Lebenselement erst bewerten. Es muß prüfen, ob ein solches Element sich in seinen Bau einfügt und welche Bedeutung ihm beizumessen ist. Für dieses Bewerten ist die Gesamtkonstellation der Lebenselemente maßgebend, die sich jeweils herausbildet".⁸⁴⁾ Durch die Analyse einer Norm und ihr Zergliedern in die sie bestimmenden Lebenselemente läßt sich ein Blick in die Gesichtspunkte ermöglichen, die das Bewerten dieser Lebensfaktoren bestimmen. Denn im Rahmen der Rechtsbildung muß gleichzeitig bestimmt werden, ob ein Lebensfaktor den Schutz des Rechts verdient und welches Gewicht ihm beizumessen ist.⁸⁵⁾

Die ältere Interessenjurisprudenz untersucht die Konfliktlösung des Gesetzgebers im einzelnen und konnte daher keine allgemein gültigen Bewertungsfaktoren aus dem Gesetz herauschälen und mußte sich den Vorwurf des Positivismus, der "Werte-Losigkeit" gefallen lassen.⁸⁶⁾ Das kausale Rechtsdenken zerlegt die Konfliktsituation in einzelne Faktoren und sucht ihre Bewertung. Damit beginnt der Versuch, die Interessenberücksichtigung vom konkreten Fall loszulösen und auf andere Fälle übertragbare Regeln zu gewinnen.

Die Einwendungen gegen das kausale Rechtsdenken konzentrieren sich auf die Überbewertung der Kausalität im Bereich der Rechtsbildung. Leben und Recht stehen nicht im Verhältnis Ursache und Folge, sondern Problem und Lösung.⁸⁷⁾

84) MÜLLER-ERZBACH AcP 154, S. 306

85) MÜLLER-ERZBACH AcP 154, S. 310, 312

86) Vgl. COING JZ 51, S. 484; ESSER, "Methodik" S. 15

87) COING JZ 51, S. 484

Außerdem gelang es auch MÜLLER-ERZBACH nicht, ein für die Praxis der Rechtsanwendung brauchbares System und eine verwendbare Methode zu entwickeln. Insbesondere man-
gelt es an praktikablen und allgemeinen Regeln, die auf eine Vielzahl von Fällen anwendbar sind.

3. Aufbauend auf den Erkenntnissen der älteren Interessenjurisprudenz und dem kausalen Rechtsdenken versuchte HUBMANN,⁸⁸⁾ die einzelnen Bewertungsfaktoren für Interessen "aus dem Gesetz herauszulösen, um damit zu allgemeinen Grundsätzen der Interessenbewertung"⁸⁹⁾ zu gelangen. Er machte den Versuch für die Rechtsfindung im Bereich der Generalklauseln allgemeine Regeln der Interessenbewertung zu suchen, indem er die konkreten, gesetzlich geregelten Konfliktlösungen nach übergeordneten Prinzipien hinterfragte.

HUBMANN bezeichnet seine Methode als normativ-teleologisch. Teleologisch deshalb, weil er davon ausgeht, daß die wichtigste Untersuchung darin besteht, zu fragen, auf welches Ziel, auf welchen Bezugspunkt sich das Interesse richtet. Denn "die Gegenstände des Begehrens lassen sich gegenüberstellen und miteinander vergleichen".⁹⁰⁾ Die subjektive Stärke des Begehrens, die psychologisch-geistige Beziehung des Menschen zu den Bezugspunkten und die subjektive Wertung, die er ihnen verleiht, kann dagegen nicht maßgebend für die Rechtsfindung sein. Entscheidend sind vielmehr die Bewertungsfaktoren, mit

88) "Grundsätze der Interessenabwägung" in AcP 155, S. 86 ff.

89) Terminologisch noch ungenau spricht HUBMANN von Interessenabwägung. Eine solche kann aber erst dann stattfinden, wenn das Gewicht der einzelnen Interessen durch eine Bewertung festgestellt wurde

90) HUBMANN AcP 155, S. 96

denen die Interessen von Gesetzes wegen belegt werden. HUBMANN bezeichnet diese Faktoren als positive oder negative "Vorzugstendenzen"; die dem Gesetz zu entnehmen sind. Entsprechend ihrem normativen Gewicht bestimmen sie die Schwere, Bedeutung und Durchsetzbarkeit von Interessen bei der Abwägung, d. h. der Konfliktlösung sich widerstreitender Interessen. Für HUBMANN sind die Gesetze nicht wie für HECK "lediglich die Resultante verschiedener miteinander ringender Interessen, sondern vielmehr das Ergebnis verschiedener positiver und negativer Vorzugstendenzen".⁹¹⁾ Daher hat die Rechtsfindung im Bereich der Generalklauseln, die dem Richter großen und weiten Spielraum für eine Entscheidung lassen, nach der gleichen Methode zu verfahren. Sie muß die aufgespürten Interessen mittels positiver oder negativer Vorzugstendenzen bewerten. Das kann und darf aber nicht ein Produkt der privaten Vorstellungswelt des Richters sein, sondern muß sich wegen dessen Bindung an Recht und Gesetz an der Rechtsordnung orientieren.⁹²⁾ Diese enthält in den einzelnen Vorschriften nur Bewertungsfaktoren für die dort geregelten Fälle. Durch die Analyse der dahinterstehenden, einheitlichen Entscheidungen gelang HUBMANN die Abstrahierung von Bewertungsfaktoren aus dem Gesetz, die eine Interessenbewertung von nicht im Gesetz geregelten Fällen zuläßt.

Der erste Schritt der Interessenbewertung besteht in der Untersuchung der Schutzwürdigkeit von Interessen.⁹³⁾ Diese Etappe ist notwendig, damit der Richter solche Interessen

91) AcP 155, S. 94, 95

92) Vgl. auch OERTMANN, "Interesse und Begriff", S. 6

93) HUBMANN AcP 155, S. 97; KRAFT a.a.O. S. 65; REHBINDER "Die Presse" S. 61 und SCHUMACHER a.a.O. S. 52

aus seiner weiteren Betrachtung ausscheiden kann, die von der Rechtsordnung nicht anerkannt werden. Sie dient als erster Filter. Mit der Differenzierung der Interessen in berechnigte und unberechnigte ist aber noch kein Werturteil über ihr Verhältnis zu anderen, mit ihnen kollidierenden gefällt.

Die Entscheidung darüber, ob ein Interesse schutzwürdig ist oder nicht, kann primär nur mit rechtlichen und gesetzlichen Kriterien entschieden werden. Sie findet der Richter innerhalb der Gesamtrechtsordnung. Einen wichtigen Anhaltspunkt bietet die Verfassung, insbesondere im Grundrechtsteil. So wird z. B. ein Interesse, das die menschliche Würde einer anderen Person zu verletzen trachtet, nicht als schutzwürdig oder berechnigt anzusehen sein. In klarer und deutlicher Form bringt das Strafgesetzbuch zum Ausdruck, welches menschliche Streben keinen Rechtsschutz genießt, sondern im Gegenteil als verboten zu verfolgen ist. Auch Vorschriften anderer Gesetze, die Interessenkonflikte entscheiden, lassen auf die Schutzwürdigkeit bestimmter Interessen schließen.

Ist der gesamten Rechtsordnung keine Antwort auf die Frage der Schutzwürdigkeit zu entnehmen, so bleibt als letztes, außerrechtliches Hilfsmittel noch die Möglichkeit, mittels der "Natur der Sache" die Schutzwürdigkeit zu untersuchen. Die Anwendung der "Natur der Sache" als methodisches Hilfsmittel ist zwar nicht völlig unbestritten, wird jedoch in der heutigen juristischen Methodenlehre weitgehend anerkannt.⁹⁴⁾

Alle Dinge, insbesondere Lebensverhältnisse, tragen, unab-

94) Vgl. insbesondere LARENZ, "Methodenlehre" S. 309 ff. und NJW 65, S. 5

hängig von ihrer rechtlichen Ausgestaltung, einen bestimmten Sinn und eine durch ihn geforderte Ordnung in sich. Diese vorgegebene Ordnung nennt man die Natur der Sache.⁹⁵⁾ Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß die Anschauungen über den Sinn von Lebensverhältnissen (z. B. Ehe oder Arbeitsverhältnis) Wandlungen unterworfen sind. Daher kann die "Natur der Sache" nur als letztes Mittel zur Erkennung von schutzwürdigen Interessen eingesetzt werden.

Nachdem auf dem o.a. Weg die berechtigten von den unberechtigten Interessen getrennt sind, gilt es die ersteren zu bewerten, um ihr normatives Gewicht und ihre Bedeutung im Verhältnis zu anderen kollidierenden Interessen feststellen zu können.

Drei große Bereiche liefern Bewertungsfaktoren für Interessen: die objektive Rangordnung der Werte, Bewertungsprinzipien, die dem Sachverhalt des konkreten Einzelfalles, sowie dem menschlichen Verhalten entnommen werden können.

Die bedeutendste Vorzugstendenz ergibt sich aus dem verschiedenen, objektiven Wertgehalt der Interessen, der ihnen unabhängig und isoliert vom konkreten Fall innewohnt. Ein etwaiges Rangverhältnis ist in erster Linie dem Gesetz und der Rechtsordnung zu entnehmen. Ergänzend ist die Natur der Sache, die Kulturauffassung, die von einem aufsteigenden Rangverhältnis zwischen materiellen, kulturellen und sittlichen Werten ausgeht, heranzuziehen.

95) Zur Entwicklung und Geschichte des Begriffs "Natur der Sache" vgl. KRAFT a.a.O. S. 69 mit weiteren Lit.-Hinweisen

Als letztes Hilfsmittel muß die richterliche Eigenwertung den Ausschlag geben. "Soweit sich danach ein eindeutiger Rangunterschied nicht bestimmen läßt, ist davon auszugehen, daß die Interessen gleichwertig sind. 96)

Das Vorhandensein einer solchen objektiven Wertordnung im Bereich des Rechts wird insbesondere von KRAFT 97) entschieden bestritten. Er beruft sich darauf, daß sich die ganz überwiegende Meinung zu der Erkenntnis durchgerungen hat, daß es im Bereich des Rechts ein absolutes, objektives Bewertungssystem nicht geben kann. 98) Er begründet seine Auffassung im wesentlichen mit der Nicht-Erkenntbarkeit "der letzten objektiven Wertordnung"; dies insbesondere deshalb, weil im Laufe der historischen Entwicklung der Menschheit die Ansichten über Wert und Unwert geschwankt haben. Außerdem betrachtet das Recht die verschiedenen Güter und Werte nie für sich allein, sondern stellt sie je nach Sachlage, Sinn und Zweck eines Rechtsinstituts in eine andere Zuordnung.

Die Darlegungen KRAFT's lassen seine Befürchtungen ahnen, das Recht könne sich zu sehr mit Ethik und Moral verquicken und dadurch in seiner Verbindlichkeit relativiert werden. Es geht in dieser Diskussion aber nicht um das Einwirken einer metaphysischen Wertordnung auf das Recht, sondern um die Frage, ob unsere Rechtsordnung objektive Rangunterschiede zwischen verschiedenen Interessenobjekten erkennen läßt. 99) Dies muß eindeutig bejaht werden. Der körperlichen und physischen Integrität des menschlichen Lebens z. B.

96) HUBMANN AcP 155, S. 103

97) a.a.O. S. 77 ff.

98) KRAFT a.a.O. S. 79 mit einigen Hinweisen auf weitere Literatur. Hinsichtlich der Rspr gesteht er zu, daß der BGH z.B. im Urteil vom 17.2.54 in BGHSt 6, S. 46 von einer absoluten, uneingeschränkt gültigen Wertordnung im Recht ausgeht.

99) Zur Diskussion einer objektiven Wertordnung vgl. REHBINDER a.a.O. S. 65 ff., der das Problem ausführlich abhandelt und viele Lit.-Hinweise gibt

mißt unsere Rechtsordnung einen höheren Wert bei, als der Unverletzlichkeit von Sachgewahrsam. Schon ein Blick in das StGB beweist dies.

Eine andere Sache ist es, daß nicht immer ein objektiv höher bewertetes Interessensobjekt sich letzten Endes gegen ein objektiv niedrigeres durchsetzen kann. Das wird aber von HUBMANN auch nicht behauptet. Die Höherwertigkeit stellt nur einen von mehreren Wertungsfaktoren dar. Sie kann durch mehrere andere positive Vorzugstendenzen unter Umständen überspielt werden.

Daneben ist es HUBMANN gelungen, auch Bewertungsfaktoren aus dem Gesetz herauszuschälen, die vom jeweiligen Sachverhalt abhängig sind. Als Beispiel führt er den gutgläubigen Eigentumserwerb (§§ 932 ff. BGB) an. Es stehen sich im Rahmen dieser Vorschriften das Erwerbsinteresse und das Eigentümerinteresse gegenüber. Beide sind normativ an sich gleichwertig, weil für beide dasselbe Vermögensopfer auf dem Spiele steht. Das Gesetz gibt aber einmal dem einen, bald dem anderen den Vorzug, je nach Sachlage. Es muß also verschiedene Bewertungsfaktoren beinhalten, die einmal das Erwerbsinteresse, das andere Mal das Eigentümerinteresse überwiegen lassen.¹⁰⁰⁾

Als negatives Bewertungsprinzip nennt HUBMANN zuerst die Sachwidrigkeit von Interessen.¹⁰¹⁾ Sachwidrig an sich können Interessen nicht sein. Es kommt immer darauf an, in welchem Sachzusammenhang sie verfolgt werden. So ist einem Handlungsgehilfen die Teilnahme am Wettbewerb untersagt, soweit die

100) HUBMANN AcP 155, S. 95

101) HUBMANN AcP 155, S. 103, 104

Geschäftsinteressen des Prinzipals berührt werden (§ 60 HGB), während dies für einen Wettbewerb auf anderen Gebieten nicht gilt.

Die Sachwidrigkeit von Interessen ergibt sich aus der Rechtsordnung, insbesondere dem Sinn und Zweck des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses oder Rechtsinstituts und subsidiär aus der Natur der Sache.¹⁰²⁾

Als nächstes Bewertungsprinzip führt HUBMANN die Interessenidentität¹⁰³⁾ an. Er versteht darunter, daß ein Interesse dann zu berücksichtigen ist, wenn es infolge eines bestimmten Sachverhalts mit einem anderen Interesse eng verknüpft ist.

Eine Aussage aber, ob deshalb das zu bewertende Interesse mit einer positiven oder negativen Vorzugstendenz zu belegen ist, kann aus der Interessenidentität nicht abgeleitet werden. Am besten läßt sich dies mit den HUBMANN'schen Beispielen selbst belegen.¹⁰³⁾

Im Falle des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte, liegt eine Interessenverknüpfung zwischen dem geschädigten Dritten und dem Vertragspartner des Schädigers vor. Hier führt die Interessenidentität zu einer rechtlichen Gleichstellung des Dritten mit dem Vertragspartner, letztlich also zu einer positiven Bewertung des Drittinteresses.

Anders dagegen im zweiten Beispielfall, dem § 1362 BGB. Hier führt die Interessenverknüpfung der beiden Ehepartner zu einer negativen Bewertung des Drittinteresses. Das Interesse des Gläubigers erhält Vorrang.

102) Zum Begriff "Natur der Sache" s.S. 41

103) HUBMANN AcP 155, S. 106

Die Beispiele zeigen aber deutlich, daß die umfassende Würdigung eines Sachverhalts es notwendig werden lassen kann, Interessen von solchen Personen zu berücksichtigen, die bei formaler Anwendung des Gesetzes überhaupt keine rechtliche Beachtung finden dürfen.¹⁰⁴⁾ Interessenidentität gibt aber keine Auskunft, welche Bewertung die berücksichtigten Interessen erfahren.

Haben in einer bestimmten Sachlage eine oder mehrere Personen gleichzeitig mehrere Interessen, dann sieht HUBMANN¹⁰⁵⁾ darin ein positives Bewertungsprinzip. Er nennt es Interessenhäufung und meint, ein solch vereintes Gewicht könne oft ein Gegeninteresse überwiegen, das an sich wertvoller ist, als jedes von ihnen allein.

Die Interessenhäufung ist aber ebenfalls kein Bewertungsfaktor, sondern gehört in den Bereich der Abwägung. Mit dem Bild der Waage sei dies erläutert. Auf der linken Seite sei das Gewicht G_1 . Legt man rechts das Gewicht G_2 auf, so neigt sich die Waage immer noch nach links, wenn $G_1 > G_2$. Kommt in die rechte Schale aber noch G_3 hinzu, so neigt sich die Waage nach rechts, wenn $G_1 < G_2 + G_3$ und G_3 größer ist, als der Unterschied zwischen G_1 und G_2 . Daraus ist ersichtlich, daß das Interesse einer Partei das einer anderen infolge von Interessenhäufung überwiegen kann. Keine Auskunft erhält man aber über die Gewichtigkeit und Schwere des einzelnen Interesses. Anders ist die Situation natürlich, wenn sich mehrere Bewertungsfaktoren auf einem Interesse vereinigen. Das ist aber schon begrifflich kein Fall der Interessenhäufung.

104) Hier zeigt sich die Richtigkeit des Satzes von MÜLLER-ERZBACH, RG Prax II, S. 175: "Interesseneinheit zieht rechtliche Einheit nach"

105) in AcP 155, S. 107

Ein weiteres Bewertungsprinzip liegt nach HUBMANN ¹⁰⁶⁾ in der Interessennähe. Das nähere Interessenobjekt ist einem an sich gleichwertigen entfernteren vorzuziehen. Deutlich wird dies am Fall der Kollision von gleichwertigen Pflichten. So wird sich z. B. ein Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bei einem rechtmäßigen Streik im Widerstreit zwischen seiner Treuepflicht zur Gesellschaft und der Solidarpflicht zu den Arbeitnehmern, auf die Seite der letzteren stellen dürfen. ¹⁰⁷⁾

Neben diesen allgemeinen Grundsätzen entnimmt HUBMANN die wichtigsten Anwendungsformen des Prinzips der Interessennähe aber aus der Rechtsordnung. Als die wichtigste Ausgestaltung nennt er das Prioritäts- oder Präventionsprinzip, vereinfacht durch den deutsch-rechtlichen Grundsatz, dargestellt: "Wer zuerst kommt, mahlt zuerst." Insbesondere im Sachen- und Schuldrecht löst die Rechtsordnung Interessenkonflikte mit diesem Grundsatz.

Das Pendant des Prioritätsprinzips ist in räumlicher Beziehung der Gedanke des Besitzervorzugs. Neben vielen anderen bringen besonders §§ 858 ff BGB diese Bewertungsprinzipien zum Ausdruck.

Als letzte Gruppe der Bewertungsprinzipien aus dem Sachverhalt findet HUBMANN ¹⁰⁸⁾ die Interessenintensität. Nicht selten erfährt ein Interesse im Verhältnis zu einem anderen eine Bevorzugung, weil der Grad und die Intensität der Gefährdung oder Verletzung bei dem bevorzugten Interesse größer ist, als bei dem anderen. Dabei ist es sogar möglich, daß

106) AcP 155, S. 110 ff.

107) HUBMANN AcP 155, S. 113 f

108) AcP 155, S. 114

ein objektiv höherwertiges Rechtsgut, das nur gering beeinträchtigt wird, hinter einem objektiv geringerwertigeren, aber massiv gefährdeten Rechtsgut zurückstehen muß. So ist es einem Kraftfahrer gestattet, Verkehrszeichen, insbesondere auch Verkehrsampeln zu mißachten, wenn eine lebensgefährlich erkrankte Person in das Krankenhaus transportiert werden muß und Kraftfahrzeuge des öffentlichen Rettungsdienstes nicht zur Verfügung stehen. Obwohl die Nichtbeachtung der Verkehrsregeln zu einer Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer führen kann, haben deren Interessen zurückzustehen gegenüber dem konkret und massiv gefährdeten Interesse des Kranken.

Als dritten großen Bereich, aus dem Faktoren für die Bewertung von Interessen gewonnen werden können, erkennt HUBMANN ¹⁰⁹⁾ das Verhalten der an einem Rechtsvorgang beteiligten Personen. Er unterscheidet fünf Faktoren: "die Arglist, die Absicht, das Verschulden, die Gefährdung und die Veranlassung". Die Verfolgung eigener Interessen oder die Vereitelung oder die Verletzung fremder soll mittels der angeführten Faktoren bewertet werden, wobei die Arglist die stärkste Negativtendenz auslöst, die Veranlassung dagegen die schwächste. Trotzdem muß u. U. derjenige, der einen Interessenkonflikt in zurechenbarer Weise verursacht hat, eine gewisse Zurücksetzung seiner Interessen hinnehmen.

KRAFT ¹¹⁰⁾ sieht in der Veranlassung nicht das schwächste Zurechnungsprinzip. Er meint, die Veranlassung sei der grundlegende, das gesamte Gebiet der Bewertungsprinzipien mensch-

109) AcP 155, S. 115 ff

110) a.a.O. §. 83

lichen Verhaltens umspannende Grundsatz. Es sind drei große Gruppen von Veranlassungstatbeständen nach seiner Ansicht zu unterscheiden:

- die Veranlassung zu einem bestimmten Verhalten
- die Veranlassung eines bestimmten Sachverhalts und
- die Veranlassung eines bestimmten Zustandes.

Diese Veranlassung kann arglistig, vorsätzlich, fahrlässig oder schuldlos erfolgen.

Das Zivilrecht löst nicht selten Interessenkonflikte mit Hilfe des Prinzips der Veranlassung. Die Redlichkeit des Rechtsverkehrs erfordert es, daß arglistig erworbene Rechtspositionen keine rechtliche Beachtung erfahren. So ist z. B. die Kündigung eines Pachtvertrages durch den Verpächter wegen Zahlungsrückstandes unzulässig, wenn er den Zahlungsverzug durch arglistige Schädigung des Pächters mitverursacht hat. ¹¹¹⁾

Auch die schuldhafte-vorsätzliche oder fahrlässige Veranlassung wird häufig als negativer Bewertungsfaktor zur Lösung von Interessenkonflikten herangezogen. Die schuldhafte Verletzung von Rechtsgütern macht in der Regel schadensersatzpflichtig. Aber auch die schuldhafte Nichtberücksichtigung von Interessen anderer Personen wird von der Rechtsordnung geahndet; z. B., wenn ein Schuldner in Gläubigerbenachteiligungsabsicht Rechtshandlungen vornahm, können benachteiligte Gläubiger die Rückabwicklung der Rechtsgeschäfte verlangen (§ 3, Ziff. 1 AnfG).

Nicht selten läßt die Rechtsordnung auch die bloße Veranlassung eines bestimmten Sachverhalts, Zustands oder Verhaltens

111) BGH LM § 242 BGB (Cd) Nr. 55

als Bewertungsprinzip gelten. U. U. kann auch die bloße Verursachung eines Verhaltens als Negativ-Faktor herangezogen werden. Der BGH ¹¹²⁾ hat dies zum Ausdruck gebracht, als er den Anspruch auf Vertragsstrafe verneinte, wenn der Gläubiger das vertragswidrige Verhalten des Schuldners veranlaßt hat.

Eine kurze Rückschau auf die HUBMANN'schen Gedanken ergibt folgende kurze Zusammenfassung: Für die Rechtsanwendung und Rechtsfindung im Bereich der Generalklauseln haben sich drei Kategorien von Interessenbewertungsprinzipien herausgeschält. Die erste Möglichkeit, ein Interesse zu beurteilen, ist, seinen objektiven Wertgehalt festzustellen, gemessen an der Wertskala unserer Rechtsordnung. Zum zweiten können sich aus dem Sachverhalt des konkret zu entscheidenden Falles Bewertungsfaktoren ergeben; dies sind in erster Linie die Sachwidrigkeit von Interessen, die Interessennähe und die Interessenintensität. Der Gesichtspunkt der Interessenidentität scheint nicht ein Punkt der Interessenbewertung zu sein, sondern ist eher dem Problembereich zuzurechnen, ob Interesseneinheit rechtliche Einheit nach sich zieht. Die Interessenhäufung gibt ebenfalls keine Bewertungsgrundlage ab, sondern zählt zum Komplex der Abwägung von Interessen. Als dritte Kategorie, aus der Bewertungsfaktoren gewonnen werden können, ist die Veranlassung eines Verhaltens, Zustandes oder Vorganges zu nennen.

Weitere von HUBMANN nicht genannte Bewertungsfaktoren sind den sog. öffentlichen Interessen zu entnehmen. Daß es sich hierbei nicht um Interessen in dem hier definierten Sinne handelt, wurde bereits zu Beginn der Untersuchung darge-

112) BGH NJW 71, S. 1126

legt. ¹¹³⁾ Dort wurde auch erörtert, daß die öffentlichen Interessen eine Sollensordnung repräsentieren, an der die Ist-Ordnung, zu der die im konkreten Fall verfolgten Interessen zählen, zu messen ist. ¹¹⁴⁾ Wenn HUBMANN ¹¹⁵⁾ meint, daß die Gemeinschaftsinteressen zu Unrecht die Maßstäbe für die Privatinteressen abgeben, dann beruht die hier auftretende Differenz auf einem unterschiedlichen Verständnis des Begriffs "öffentliche Interessen". ¹¹⁶⁾

Der richtigen Auffassung von HUBMANN ¹¹⁵⁾ und KRAFT ¹¹⁷⁾, daß unsere Rechtsordnung, wie sie insbesondere im GG fixiert ist, den Privatinteressen Wert an sich beimißt, und daß sie für den Staat bei der Verfolgung öffentlicher Belange eine Schranke darstellen, steht nicht im Gegensatz zu der hier vertretenen Meinung. Wird ein Interesse verfolgt, das der Staat zu respektieren hat, dann kann es nicht mit einer Negativwertung belegt werden, weil es den öffentlichen Interessen zumindest nicht widerspricht. Zum anderen steht einem, dem öffentlichen Interesse widerstrebenden Interesse, meist das Interesse einer anderen Person gegenüber, das mit den öffentlichen Interessen parallel läuft. Das Beispiel der Wechselreiterei hat diese These erläutert. ¹¹⁸⁾

Ist der Vorgang der Interessenbewertung abgeschlossen, reiht sich als nächster methodischer Schritt die Interessenabwägung an. Sie gibt Aufschluß über das gegenseitige Verhältnis von

¹¹³⁾ s.S. 28

¹¹⁴⁾ so auch KRAFT a.a.O. S. 85; wenn er aber meint: "... kann sich ergeben, daß die Privatinteressen höher zu bewerten sind, als die öffentlichen Belange..." so ist dies ungenau. Denn er verwendet einmal die öffentlichen Interessen als Wertungsmaßstab und gleichzeitig als Wertungsobjekt

¹¹⁵⁾ AcP 155, S. 98

¹¹⁶⁾ s.S. 32

¹¹⁷⁾ a.a.O. S. 85

¹¹⁸⁾ s.S. 30

miteinander kollidierenden Interessen. Das oberste Gebot einer Abwägung ist die Beachtung des Gleichheitssatzes. Gleiches ist gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln.¹¹⁹⁾ In der Praxis der Rechtsprechung erfolgt die Abwägung meist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles. In der Art einer Gesamtschau, ohne daß dabei die Gewichtigkeit und Bedeutung der einzelnen Umstände näher dargetan werden.

HUBMANN¹²⁰⁾ unternahm den erfolgreichen Versuch, diesen Mangel abzustellen und den Vorgang der Abwägung, insbesondere den der Interessenabwägung transparenter, genauer und rationaler zu machen. Um die bewerteten Interessen miteinander vergleichen zu können, wandelt er den Qualitäts- in einen Quantitätsunterschied um, indem er die Wertungen in gewissen Größen ausdrückt. Dies ermöglicht bei der Abwägung die Anwendung logisch-mathematischer Gesetze. Die einzelnen Bewertungsfaktoren eines Interesses erhalten ein Gewicht, das mit einem Bewertungsfaktor des kollidierenden Interesses verglichen wird. Dabei können beide gleichwertig sein: $a = b$. Oder in einem Fall $a > b$ und in einem anderen Fall $a < b$.

Ist mit den Regeln der Gleichung und Ungleichung¹²¹⁾ die Ab-

119) BVerfG NJW 71, S. 1645 (1648) - Mephisto-Urteil -

120) HUBMANN, "Methode der Abwägung" in Festschrift für SCHNORR von CAROLDSFELD, S. 173 ff

121) Die Anwendung mathematischer Regeln ist auch in anderen Fällen als der Interessenabwägung möglich. So zeigt HUBMANN - "Abwägung" S. 181 ff, 188 ff - "daß die Regeln der Multiplikation, der Division und der Proportionalität insbesondere dann Anwendung finden, wenn es im Schadensersatzrecht um die Verteilung von Verursachung und Verschulden auf mehrere Personen geht oder daß im Bereich des öffentlichen Rechts eine Abwägung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vorgenommen werden kann. Die mathematischen Regeln der Addition und Subtraktion dagegen eignen sich besonders für das Gebiet der Strafzumessung und der Schmerzensgeldberechnung"

wägung der beteiligten Interessen vorgenommen worden, so stellt sich die Frage nach der Lösung des Interessenkonflikts.

In den meisten Fällen kann der Richter nach der Interessenabwägung die Rechtsfolge dem Gesetz entnehmen, auch wenn es sich um eine Rechtsfindung im Bereich von Generalklauseln handelt. Ergibt die Interessenabwägung z. B., daß ein Vertrag gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstößt, dann bedeutet dies die Nichtigkeit des Vertrages. Die wichtigste Vorschrift, die neben den Tatbestandsmerkmalen in Form einer Generalklausel auch noch die Rechtsfolge offenläßt, ist § 242 BGB.

Eine Konfliktlösung in diesem Bereich hat von dem Grundsatz auszugehen, daß jedes schutzwürdige Interesse Achtung und Schutz durch die Rechtsordnung verdient. Das bedeutet einmal, daß der Richter versuchen muß, die beteiligten Interessen, wenn möglich, ungeschmälert zu berücksichtigen. Falls dies nicht durchführbar ist, darf das geringere Interesse dem höheren gegenüber nicht für "vogelfrei" erklärt werden.

Dem Richter sind auf der Suche nach der richtigen Konfliktlösung vier Prinzipien zur Hand gegeben.¹²²⁾ Das Ausgleichsprinzip bemüht sich, eine Lösung der kollidierenden Interessen dadurch zu erreichen, daß zu ihrer Verwirklichung andere, als die eingeschlagenen Wege gewählt werden. Kommt es z.B. zwischen Nachbarn zum Streit, weil der eine in der Mittagszeit musiziert, während der andere Ruhe wünscht, so ist eine Konfliktlösung ohne Beeinträchtigung eines der beiden Interessen möglich, wenn der musizierende Nachbar seinen Interessen zu einem anderen Zeitpunkt nachkommt.

122) Diese 4 Prinzipien formuliert und präzisiert HUBMANN, "Abwägung" S. 179 ff und "Grundsätze" S. 123 ff

Der o.a. Grundsatz, daß alle schutzwürdigen Interessen, wenn möglich Schutz durch die Rechtsordnung verdienen, verlangt, daß zuerst eine Lösung nach dem Ausweichprinzip zu suchen ist. Bei dessen Anwendung hat zugleich der Richter den Vorteil, daß er nur die Schutzwürdigkeit der beteiligten Interessen zu prüfen hat, während eine Bewertung und Abwägung nicht notwendig ist.

Ist für die kollidierenden Interessen eine Ausweichmöglichkeit nicht zu finden, dann muß nach einem Ausgleich (sog. Ausgleichsprinzip) gesucht werden. Dieser ist in erster Linie durch einen Kompromiß möglich. Beide Interessen können nicht völlig berücksichtigt werden. Wie weit ein Interesse zu Gunsten des anderen zurückstehen muß, hängt von seiner Bedeutung und Stärke ab, wie sie durch die Bewertung und Abwägung ermittelt wurden. Veranschaulicht wird dies durch das Bild HECKs vom Kräfteparallelogramm. Die beiden Vektoren zeigen in ihrer Länge die Wirkungsstärke der jeweiligen Interessen. Während die Resultante - den Kompromiß darstellend - geometrisch notwendig immer eher in die Richtung des längeren Vektors zeigt.

Würde in dem oben angeführten Nachbarfall der musizierende Nachbar den Beruf eines Musiklehrers ausüben und der Nachbar den Wunsch nach ganztägiger Ruhe haben, dann müßte man dem schwächeren Interesse "Ruhe" ¹²³⁾ insoweit Geltung verschaffen, daß der Musikbetrieb an bestimmten Tageszeiten, die üblicherweise der Ruhe dienen, untersagt würde. Würde umgekehrt der

123) Daß das Interesse des musizierenden Nachbarn das des Ruhe verlangenden übersteigt, ergibt sich aus folgender Interessenbewertung und -abwägung:
Die beiden Interessen: Musizieren und Ruhe haben wollen sind gleichwertig, also $a = c$
Ein Bewertungsplus erfährt der musizierende Nachbar dadurch, daß die Wertordnung, insbesondere der Grundrechtskatalog in Art 12 GG der Berufsausübung einen besonderen Schutz angedeihen läßt - Bewertungsfaktor b -
Die Abwägung ergibt also: $a + b > c$

Ruhebedürftige den Beruf eines Schriftstellers ausüben und der andere Nachbar nicht berufsmäßig musizieren, dann müßte konsequenterweise der letztere seine Musikstunden erheblich reduzieren.

Stellen sich nach der Sachlage die kollidierenden Interessen unversöhnlich gegenüber, d. h. ist weder ein Ausweichen, noch ein Ausgleich möglich, dann darf sich das überwiegende Interesse zu Lasten des geringeren durchsetzen. In dem o.a. Nachbarfall wäre dies dann gegeben, wenn der Nachbar krank wäre und das Musizieren einen Heilungserfolg verzögern würde. Dann müßte das Musizieren völlig eingestellt werden. ¹²⁴⁾ Nach den gleichen Regeln wickelt sich die Lösung der Interessenkonflikte im Fall der Notwehr ab. ¹²⁵⁾ Das überwiegende Interesse darf das geringere jedoch nur unter Einsatz der schonendsten Mittel verdrängen; darüberhinaus muß natürlich die begründete Aussicht bestehen, daß durch die Verdrängung des geringeren Interesses, das höhere realisiert wird.

Die Verletzung eines geringeren Interesses zu Gunsten eines höheren kann u. U. eine Entschädigungspflicht auslösen. Der Gesetzgeber machte von dieser Konfliktlösung nicht selten Gebrauch. ¹²⁶⁾ Zweifelhaft erscheint aber, ob das Entschädigungsprinzip in jedem Fall der unausweichlichen Interessenkollision vom Richter angewendet werden kann. Denn auch im Gesetz ist nicht überall, wo es zu einem solchen Interessenkonflikt kommt, eine Entschädigung vorgesehen (z.B. bei der Notwehr). ¹²⁷⁾

124) Die Interessenbewertung und -abwägung würde hier so aussehen: Interesse zu Musizieren a und Interesse an der Ruhe b sind gleichwertig. Aus dem Gesichtspunkt der Interessennähe erfährt der kranke Nachbar noch den positiven Wertungspunkt c. Also: $a < b + c$

125) s. HUBMANN AcP 155, S. 128

126) z.B. §§ 867, 987 BGB

127) vgl. auch KRAFT a.a.O. S. 90

Daß die Interessenberücksichtigung heute ein notwendiger Bestandteil der Rechtsfindung ist, zeigt sich deutlich in der Rechtsprechung.¹²⁸⁾ Entscheidungen sind häufig die Ergebnisse von Interessenabwägungen oder die mit den klassischen Methoden gefundenen Erkenntnisse werden mittels einer Interessenabwägung verifiziert.¹²⁹⁾ Der am meisten in der Praxis angewandte Denkvorgang ist eine alle Umstände des Einzelfalles erfassende Gesamtschau oder eine "gerechte Abwägung der schutzwürdigen Interessen beider Vertrags-teile".¹³⁰⁾ Für den Rechtsuchenden sind die so begründeten Richtersprüche häufig fragwürdig, weil sie in ihnen ein von der Persönlichkeit des Richters abhängiges Werturteil sehen. Die in den vorstehenden Kapiteln aufgezeigten Methoden der Interessenberücksichtigung dagegen sind erheblich rationaler und können sowohl von den Rechtsuchenden, als auch von der Rechtsmittelinstanz wesentlich leichter nachvollzogen werden. Der Unterschied zur Praxis der Rechtsprechung besteht darin, daß anstelle einer Gesamtwürdigung ein Denken in Etappen vorgenommen wird.¹³¹⁾

Als erste Etappe hat der Richter die Interessen der beteiligten Personen aufzuspüren und festzustellen. Er kann dabei von den typischen Interessenlagen ausgehen. Er ist nicht gehalten, die u. U. individuellen vorhandenen, untypischen Interessen aufzuspüren. Was typisch oder untypisch ist, hängt vom Sachverhalt des Einzelfalles ab. Nach der Interessen-

128) vgl. BVerfG NJW 71, S. 1645 (1648); "Aufgabe des bürgerlichen Rechts ist es in erster Linie, Interessenkonflikte rechtlich gleichgeordneter Rechtssubjekte möglichst sachgerecht zu lösen"

129) aus neuerer Zeit vgl. BGH NJW 73, S. 365; 73, S. 1689 (1690) und 74, S. 272

130) BGH NJW 73, S. 365

131) SCHUMACHER a.a.O. S. 51; HUBMANN, "Abwägung" S. 177

feststellung hat er diejenigen Interessen auszuscheiden, die das Recht als nicht schützenswert ansieht.

Die verbleibenden schutzwürdigen Interessen sind zu bewerten. Bewertungsprinzipien ergeben sich aus der objektiven Wertordnung unseres Rechtssystems, dem konkreten Sachverhalt, dem menschlichen Verhalten und der öffentlichen Ordnung (ordre public).

Gedanklich scharf von der Bewertung getrennt, verläuft die Abwägung der Interessen. Sie geschieht auf der Grundlage des Gleichheitssatzes nach den mathematischen Regeln der Gleichung und Ungleichung. Wobei die einzelnen Bewertungsfaktoren in quantitative Größen umgewandelt und gegenübergestellt werden.

Zuletzt kann der Richter noch vor der Aufgabe stehen, auch die Rechtsfolge einer Interessenberücksichtigung ¹³²⁾ bestimmen zu müssen. Hierfür stehen vier Prinzipien zur Verfügung, die ihm zwar keine konkrete Lösung nennen können, jedoch die Richtung seiner Gedanken auf einen rationalen Weg führen. Es sind dies: das Ausweich- sowie das Ausgleichsprinzip und im Falle der völligen Vernachlässigung eines Interesses zu Gunsten eines anderen, das Prinzip des schonendsten Mittels und u. U. das Entschädigungsprinzip.

Die hier aufgezeigten Methoden können das grobe Raster einer Gesamtschau wesentlich verfeinern und deshalb durchschaubare Ergebnisse erzielen. Jedoch sind auch sie nicht in der Lage, mathematisch oder naturwissenschaftlich genaue Ergebnisse zu liefern, weil sie bei den Einzelwertungen ebenfalls Raum für

132) Interessenberücksichtigung ist der Oberbegriff für die einzelnen hier aufgeführten gedanklichen Vorgänge

emotionale und subjektive Urteile lassen. Sie bieten jedoch die Möglichkeit, Fehlerquellen solcher Art möglichst weit zurückzudrängen. Sie völlig auszuschließen, läßt jedoch das Wesen des Rechts nicht zu.

III. INTERESSENBERÜCKSICHTIGUNG ALS METHODE DER RECHTSFINDUNG

1. Nach der kurzen Übersicht über die klassischen Mittel und Methoden der Rechtsfindung in Abschnitt 1 war festzustellen, daß diese nicht in der Lage sind, tatsächliche und wirtschaftliche Vorgänge in ihr rechtliches Kalkül miteinzubeziehen. Diese Funktion kann die Methode der Interessenberücksichtigung übernehmen. Sie fragt nach den tatsächlichen Faktoren, die in einem Rechtsstreit eine Rolle spielen und überprüft, inwieweit sie rechtlich zum Zuge kommen dürfen. In einer knappen Darstellung soll die Ergänzungsfunktion der Interessenberücksichtigung für die klassische Methodenlehre dargestellt und deutlich gemacht werden.

Die Auslegung hat die besondere Aufgabe, Normen zu untersuchen, die bestimmte menschliche Beziehungen regeln sollen. Diese Regeln lösen meist einen Interessenkonflikt. Daher hat eine Auslegung sich an der vorgefundenen Interessenkonstellation und deren Lösung zu orientieren. Dies gilt nicht für die Auslegung von Gesetzen, sondern auch für die von Verträgen.

Zwar geht prinzipiell der feststellbare Parteiwille jeglicher anderer Auslegung vor, jedoch ist im Falle der Nichtfeststellbarkeit ein hypothetischer Wille zu suchen.

(157 BGB) ¹³³⁾ Die klassische Auslegung orientiert sich in

133) s. S. 5

diesen Fällen am Wortlaut, wie ihn der Empfänger der Erklärung verstehen durfte und an der Verkehrssitte. Schon das RG ¹³⁴⁾ verlangte aber, daß ein "den beiden Vertragsteilen gerecht werdender Maßstab angelegt wird, daß also die Belange beider Vertragsschließenden bei der Auslegung ... Berücksichtigung finden". ¹³⁵⁾

Daß sich eine Auslegung an der Interessenlage zu orientieren hat, bringt noch deutlicher der BGH ¹³⁶⁾ zum Ausdruck. Für ihn ist die Auslegung unter "Heranziehung der Interessenlage" vorzunehmen. Das bedeutet, daß der Richter zu erforschen hat, welche Interessen einer vertraglichen Regelung zugrundeliegen und welche Lösung der Interessensituation die Parteien angestrebt haben. Festzuhalten bleibt aber, daß keine Auslegung den durch den Wortlaut gesteckten Interpretationsrahmen überschreiten darf.

Wenn möglich, soll eine Auslegung beide Interessen, soweit sie schutzwürdig sind, ¹³⁷⁾ zur Entfaltung kommen lassen. Ist dagegen der aktuelle Interessengegensatz durch einen Interessenwechsel eines Partners bedingt, so ist in erster Linie die den Vertrag bestimmende historische Interessenlage maßgebend. ¹³⁸⁾ Denn die Konfliktsituation wurde durch den sein Interesse wechselnden Partner veranlaßt. Das bedeutet

134) RG JW 1938, S. 807 Nr. 33

135) COING in Staudinger § 133 RdZiff 10 verlangt eine interessengerechte Auslegung

136) BGH NJW 75, S. 776 (777)

137) OERTMANN, "Interesse und Begriff" S. 18: "Selbstverständlich können im Gebiete der Geschäftsauslegung solche Parteiinteressen keine Rücksichtnahme finden, die ihrerseits den politischen, sozialetischen oder Ordnungsinteressen der Gesamtheit zuwiderlaufen. Selbst wenn der erklärte Geschäftswille unverkennbar auf etwas derartiges ginge, wäre er insoweit unverbindlich"
Vgl. dazu die Ausführungen zur Schutzwürdigkeit von Interessen auf S. 40

138) LÜDERITZ a.a.O. S. 351

eine Minderbewertung seines Interesses. 139)

Meistens bleiben die von den Parteien angestrebten Auslegungen sich unversöhnlich gegenüberstehen. Das hat zur Folge, daß eine Partei eine Beschränkung ihrer Interessen hinnehmen muß. Die Lösung des Konflikts wird durch die Anwendung zweier Prinzipien möglich. Zum einen hat der Richter zu untersuchen, wie üblicherweise die gegebene Konfliktsituation in dem Personenkreis, dem die Vertragsparteien angehören, gelöst wird ("Verkehrssitte"). Denn hätte eine der Parteien einen anderen als den in ihren Kreisen üblichen Interessenausgleich gewünscht, so hätte sie dies durch eine entsprechende Formulierung oder anderen Hinweis deutlich machen müssen. Daher verdient derjenige den Vorzug, der eine Auslegung wünscht, die der üblichen Konfliktlösung entspricht.

Häufig gibt es für den zu beurteilenden Vertrag keine Verkehrssitte. Dann muß das zurückweichende Interesse durch eine Interessenbewertung und -abwägung ermittelt werden. Als Bewertungsfaktor ist insbesondere die Sachwidrigkeit des verfolgten Interesses heranzuziehen. Die Sachwidrigkeit ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des zur Diskussion stehenden Vertrages und subsidiär aus der Natur der Sache. 140) Ein Beispiel möge dies verdeutlichen. Holz bestimmter Art und Dicke auf 10 ha Wald wird zu einem bestimmten Preis pro Meter auf dem Stamm verkauft. Es steht fest, daß der Käufer nicht alles Holz schlagen darf. Er nimmt sich das beste. Der Verkäufer dagegen ist der Ansicht, er habe von Teilflächen alles Holz mit der Mindestdicke schlagen müssen. 141)

139) Vgl. die Veranlassung als Bewertungsfaktor, S.48

140) s. S.41

141) Das Beispiel ist entnommen aus LÜDERITZ a.a.O. S. 354

Es stehen sich das Käuferinteresse an Erlangung des besten Holzes und das Verkäuferinteresse an einem forstwirtschaftlich vernünftigen Einschlag gegenüber. Der Sinn und Zweck des Vertrages war es, dem Käufer den Einschlag von Holz mit einer Mindestqualität zuzugestehen, nicht jedoch ihm das qualitativ beste zu gewähren, was forstwirtschaftlich nicht sachgemäß gewesen wäre. Es wird erkennbar, daß der Käufer ein sachwidriges Interesse anstrebt. Daher verdient die Auslegung des Vertrages, wie sie der Verkäufer anstrebt, den Vorrang. ¹⁴²⁾

Interessenberücksichtigung ist auch eine geeignete Methode im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung. ¹⁴³⁾ Sie wird in erster Linie davon ausgehen, was die Parteien im ganzen gewollt haben. Die Gesamtschau ist am leichtesten dadurch zu erreichen, daß der Richter untersucht, welche Interessen durch den Vertrag miteinander in Verbindung gebracht wurden und welche Lösung die Parteien anstrebten. Die Auslegung hat sich dabei an dem Grundsatz zu orientieren, daß sie nicht zu einer anderen Gestaltung der Interessenkonstellation führen darf. Es ist zu untersuchen, welche Auslegung einer Vertragsklausel den Gesamtausgleich der Interessen, wie ihn die Konzeption des Vertrages verrät, nicht stört, bzw. fördert. Die ergänzende Auslegung hat

142) LÜDERITZ a.a.O. S. 353 f stellt nicht auf die Sachwidrigkeit ab, sondern zieht das Interesse vor, das zu einer wirtschaftlich vernünftigen Lösung führt.

OERTMANN, "Interesse und Begriff" S. 16, schlägt als Konfliktlösung vor, die Partei, die die streitige Klausel in den Vertrag einbrachte, solle sich mit ihrem Interesse durchsetzen. Allerdings macht er gleichzeitig eine Ausnahme für typische und formularmäßige Klauseln. Da heute häufig solche Klauseln Verwendung finden, ist sein 1931 gemachter Vorschlag nur noch wenig praktikabel. Darüberhinaus wird er zu wenig dem Vertrauensschutz, wie er in § 157 BGB zum Ausdruck kommt, gerecht

143) Vgl. schon TITZE a.a.O. S. 497 im Jahre 1910

sich am Großrahmen des vertraglichen Interessenausgleiches zu orientieren und hat für die Lösung des Detailproblems diesen Rahmen zu akzeptieren. Das kann einmal durch die Untersuchung geschehen, wie bei gleichen oder ähnlichen Interessengesamtkonstellationen das in Frage stehende Detailproblem üblicherweise gelöst wird.¹⁴⁴⁾ Gibt es diesbezüglich keine Erfahrungssätze oder bestehen im Vertrag Anhaltspunkte, daß nicht die übliche Lösung gewollt war, so sind andere Kriterien heranzuziehen. Die entscheidende Rolle hat auch hier wieder der Gesichtspunkt der Sachwidrigkeit der Interessen zu spielen. Dasjenige Interesse, das dem Gesamtsinn und -zweck des Vertrages¹⁴⁵⁾ entspricht, erfährt eine höhere Bewertung und muß sich daher durchsetzen.¹⁴⁶⁾

2. Eine weitaus bedeutendere Rolle als bei der Vertragsauslegung spielt die Interessenberücksichtigung im Rahmen der Rechtsfindung secundum und praeter legem. Die Auslegung einer Rechtsnorm wurde definiert als die Ausforschung der Bedeutung und des Sinnes eines Begriffes.¹⁴⁷⁾ Die Grenze der Auslegung bildet daher der Wortlaut einer Norm.¹⁴⁸⁾ Innerhalb dieser Bandbreite verwendet insbesondere die Rechtsprechung die Methode der Interessenberücksichtigung vor allem bei der Auslegung. Sie untersucht, welche Interessenkonstellation

144) LÜDERITZ a.a.O. S. 419 ff benutzt ebenfalls den Vergleich bzw. die Analogie der Interessenlagen als Rechtsfindungsmethode: "Ein Sachverhalt ist einem rechtsgeschäftlichen Tatbestand ähnlich, wenn die Interessen der Beteiligten in gleicher Weise wie im geregelten Fall betroffen werden"

145) Auf den Vertragszweck stellen u.a. auch ab: COING in Staudinger § 133 RdZiff 137; OERTMANN, "Rechtsordnung" S. 181 ff; LARENZ "Schuldrecht" I. Bd § 8, II; viele weitere Hinweise bei LÜDERITZ a.a.O. S. 399, Anm. 97 - 108

146) LÜDERITZ a.a.O. S. 399

147) s. S. 11

148) OERTMANN, "Interesse und Begriff", S. 20

den Anlaß zu der fraglichen gesetzlichen Regelung gegeben hat, "welche Interessenkonflikte der Gesetzgeber ausgleichen wollte". ¹⁴⁹⁾ Es ist der Interessenkonflikt, den der Gesetzgeber vorfand und dessen Lösung zu untersuchen. ¹⁵⁰⁾

Die Interessenberücksichtigung kann daneben aber auch im Bereich der systematischen Auslegung Bedeutung haben. Die Lösung des vorhandenen Interessenkonflikts muß sich am Rahmen der sonstigen, systematisch zugehörigen gesetzlichen Konfliktlösungen orientieren; sie muß sich widerspruchsfrei in diesen Rahmen einfügen lassen. So kann bei der Frage, ob der Schadenersatzanspruch des § 618 BGB ein Verschulden voraussetzt, aus der allgemeinen gesetzlichen Systematik der Interessenberücksichtigung entnommen werden, daß dies zu bejahen ist. Grundsätzlich wiegt das Interesse des Geschädigten am Ersatz seines Schadens nur dann höher, als das des Schädigers, wenn auf dessen Seite der Minusfaktor "Verschulden" hinzutritt. ¹⁵¹⁾

Aber auch die teleologische Auslegungsmethode kann ihre Ergebnisse mittels einer Interessenberücksichtigung verifizieren. Dabei ist auf den Grundgedanken der Norm und den Interessenkonflikt zurückzugehen, dessen Lösung angestrebt wird. ¹⁵²⁾ Es ist davon auszugehen, welchen Wert das Gesetz den einzelnen Interessen nach heutigem Verständnis beilegt.

149) BGHZ 19, S. 227 (229); BGH GRUR 1959, S. 428; BGHZ 46, S. 74 (80)

150) BGHZ 17, S. 266

151) Die Ausnahmen im Gesetz (sog. Gefährdungshaftung) sind als solche deutlich zu erkennen.

152) so BGHZ 28, S. 234 (242)

Den bedeutsamsten Beitrag zur Rechtsfindung vermag die Interessenberücksichtigung jedoch im Rahmen der Generalklauseln zu leisten. Bei der Auslegung der Generalklauseln mittels klassischer Methoden wurde deutlich, ¹⁵³⁾ daß sie einen weiten Raum bieten für die individuelle und schwer nachprüfbare Entscheidung. Ihre Funktion als Mittel der Lückenfüllung und der Weiter- und Fortentwicklung des Rechts läßt dem Richter eine Quasi-Stellung als Gesetzgeber zukommen. Jedoch genießt er nicht, wie jener, die rechtspolitische Freiheit, diesem oder jenem Interesse zum Vorzug zu verhelfen, sondern er ist auch in diesem Bereich an Recht und Gesetz gebunden. Die klassische Methode stellt nur sehr weitgefaßte Prinzipien mit einem doch weiten persönlichen Spielraum für den Richter zur Verfügung.

Die Interessenberücksichtigung in ihrer oben dargestellten methodischen Ausgestaltung ist in der Lage, dem Richter einen detaillierten Leitfaden an die Hand zu geben, um dadurch zu methodisch noch exakteren Urteilen zu gelangen. ¹⁵⁴⁾ Dies geschieht, indem der Richter die beteiligten Interessen zu erkennen sucht, die schutzwürdigen von den nicht berechtigten filtert und die verbleibenden Interessen einer Bewertung unterzieht. Die sich anschließende Abwägung zeigt dann, welches Interesse überwiegt. Diese Methode ist vor allem für den Bereich des § 242 BGB geeignet. Denn diese Norm läßt dem Richter auch die Freiheit der Suche nach der Rechtsfolge, d. h. die Freiheit, wie er letztlich den Interessenkonflikt lösen will. Daß er dabei ebenfalls gewissen Prinzipien unterworfen ist, wurde bereits erläutert ¹⁵⁵⁾

153) s. S. 15

154) Vgl. auch OERTMANN, "Interesse und Begriff" S. 31

155) s. S. 52ff.

Modifiziert muß diese Methode dort werden, wo eine Generalklausel, wie es z. B. der § 138 BGB tut, die Rechtsfolge genau vorschreibt, meist in der Form, daß der Vertrag in seiner Gültigkeit berührt wird. Das bloße Überwiegen eines Interesses über ein anderes kann nicht ausreichen, um einer vertraglichen Vereinbarung den staatlichen Schutz zu entziehen. Der § 138 BGB schreibt als Rechtsfolge die Nichtigkeit des Vertrages vor. Eine solche Sanktion kann über eine vertragliche Vereinbarung nicht schon dann verhängt werden, wenn der vertragliche Interessenausgleich nur in geringem Umfang zu Lasten eines Vertragspartners verschoben ist. Eine Anwendung des § 138 BGB ist nur dann in Betracht zu ziehen, wenn die Interessen des einen Vertragspartners über ein erträgliches Maß hinaus unberücksichtigt bleiben. Der Vertrag darf sich nicht als Mißbrauch der Vertragsfreiheit darstellen.¹⁵⁶⁾ Es ist der Sinn und Zweck des § 138 BGB, die Vertragsfreiheit vor mißbräuchlicher Anwendung zu schützen.¹⁵⁷⁾ Ob die Rechtsfolge der Nichtigkeit auch dann eintreten kann, wenn das erheblich unterlegene Interesse von einer Person verfolgt wird, die rechtlich nicht am Vertrag beteiligt ist, wird im zweiten und dritten Teil untersucht.

Ein weiterer wichtiger Bereich, in dem die Interessenberücksichtigung eine bedeutende Rolle spielt, ist die richterliche Rechtsfindung praeter legem. In erster Linie ist hier

156) ESSER "Schuldrecht" I. Bd § 6, I: "Ein Verhalten ist mißbräuchlich, wenn der Ausübungsberechtigte sein eigenes Interesse ganz unverhältnismäßig überbewertet"
Vgl. auch WIEACKER, "Präzisierung des § 242" S. 35

157) Vgl. PALANDT-HEINRICHS, "BGB" § 138, Anm 1a
Zur mißbräuchlichen Anwendung der Vertragsfreiheit und deren Folgen vgl. insbesondere: M. WOLF, "Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich"

die Methode der Analogie anzusprechen. Sie beruht auf einer vergleichenden Wertung des Sachverhalts mit der analog anzuwendenden Norm. ¹⁵⁸⁾

Sachverhalt und Tatbestandsmerkmale, die sich nicht völlig decken, müssen gerade in den Punkten übereinstimmen, die für die Auslösung der Rechtsfolge wesentlich sind. Diese Übereinstimmung läßt sich dadurch feststellen, daß die der anzuwendenden Norm zugrundeliegende Interessenslage aufgespürt wird. Es muß der in der Rechtsfolge gelöste Interessenkonflikt aufgeschlüsselt werden. Das so freigelegte Interessenskelett wird mit der Interessensituation des konkreten Falles verglichen. Besteht Identität zwischen beiden, kann die Norm analog angewendet werden.

Auch die Rechtsprechung bedient sich dieser Methode. So untersuchte der große Senat für Zivilsachen des BGH ¹⁵⁹⁾ bei der Frage, ob § 618 BGB auch im Rahmen von Werksverträgen gilt, die "besondere Interessenslage", auf der die Regelung des § 618 beruht. Im Vergleich mit der Interessenslage eines Werkunternehmers und -bestellers kommt er zu dem Ergebnis: "Der Tatbestand, die Interessenslage und die aus ihr abzuleitende gerechte Ordnung der Rechtsfolgen sind so ähnlich, daß sie die entsprechende Anwendung des § 618, Abs. 3 BGB ... fordern".

In Ausnahmefällen darf der Richter die Bindung an Recht und Gesetz verlassen, dann nämlich, wenn sein Urteilsspruch zu unerträglichen Ergebnissen führen würde. ¹⁶⁰⁾ Die klassische Methodenlehre gibt ihm als Leitfaden nur die allgemeinen

158) s. S. 19

159) BGHZ 5, S. 62 (65 f)

160) s. S. 21

Prinzipien des Rechts. Hier vermag die Interessenberücksichtigung durch Interessenforschung, -bewertung und -abwägung sowie die Prinzipien der Konfliktlösung dem Richter eine Methode an die Hand zu geben, die ihn durch ein feines Raster von Denkschritten zwingt, sich an den gesetzlichen Wertungen zu orientieren.

IV. Ergebnis

Als Ergebnis dieses Abschnitts ist festzuhalten: Die Erkenntnis der sog. Interessenjurisprudenz, daß Privatinteressen und ihre Konflikte, sowohl Verträgen als auch den Rechtsnormen zugrundeliegen, führte zu einer Ergänzung der Methodenlehre. Interessenberücksichtigung ist ein notwendiger und wichtiger Bestandteil heutiger Rechtsfindung. Der Begriff Interesse mit dem Negativanstrich des Egoistischen, widerstreitet nicht der Gerechtigkeit. Im Gegenteil, er hilft, das Recht an die tatsächlichen Lebensvorgänge zu binden und somit eine Lebensfremdheit zu verhindern. Auch die richterliche Praxis berücksichtigt heute zu Recht am Vertrag beteiligte Interessen und ist so in der Lage, den sich wandelnden Verhältnissen und wirtschaftlichen Bedürfnissen gerecht zu werden.

Z W E I T E R T E I L

DRITTINTERESSEN - ZULÄSSIGE KRITERIEN BEI ENTSCHEIDUNGEN ÜBER VERTRAGLICHE FRAGEN

Wurde im vorstehenden Teil grundsätzlich festgestellt, daß die Interessenberücksichtigung ein geeignetes und notwendiges Hilfsmittel der Rechtsfindung ist, so ist jetzt zu prüfen, ob die sog. Drittinteressen zulässige Kriterien der Rechtsfindung sind, wenn der Richter einen Rechtsstreit zwischen Vertragsparteien zu entscheiden hat. Die richterliche Drittinteressenberücksichtigung könnte gegen grundlegende Prinzipien des Vertragsrechts verstoßen. Verträge erstrecken in der Regel ihre Rechtswirkungen nur auf die Vertragsparteien. Sollen dann überhaupt die Interessen Dritter, rechtlich nicht berührter Personen bei vertraglichen Streitigkeiten eine Rolle spielen? Desweiteren ist es fraglich, ob der Grundsatz der Vertragsfreiheit einer Drittinteressenberücksichtigung nicht widerstreitet. Zuvor ist jedoch genau abzugrenzen, welche Personengruppe unter dem Begriff "Dritte" zu verstehen ist, um eine Verwechslung mit ähnlichen Fallgruppen zu vermeiden. 161)

Dritter Abschnitt: Die Drittinteressen

I. Dritte und Vertragsparteien

1. Auch in der Sprachkombination "Drittinteressen" soll unter dem Begriff Interesse eine werthafte psychologisch-geistige

161) Einen guten Überblick über die Beteiligung von Personen, die nicht Vertragsparteien sind, an Verträgen gibt MEDICUS in JuS 74, S. 613 ff

Beziehung eines Menschen zu einem oder mehreren Bezugspunkten seiner Umwelt ¹⁶²⁾ verstanden werden. Drittinteressen, wie sie hier definiert werden, sind also auch individuelle und subjektive Interessen von Einzelpersonen. Die Drittinteressenberücksichtigung unterliegt jedoch dem Problem, daß der Richter diese individuellen und subjektiven Begehrungsvorstellungen der Dritten nicht kennt. Denn als rechtlich völlig Abseitsstehende sind sie am Rechtsstreit nicht beteiligt. Der Richter kann daher nur solche Interessen berücksichtigen, die üblicherweise ein vernünftig denkender Mensch verfolgen würde. Er hat die typischen Interessen der konkret gegebenen Situation zu suchen. ¹⁶³⁾

In einer ersten groben Einteilung lassen sich die Dritten, deren Interessen berücksichtigt werden sollen, als Nicht-Vertragspartner des im Streit stehenden Vertrages qualifizieren. Vertragspartner sind Personen, die in einer rechtlichen Sonderverbindung miteinander stehen. Geschaffen wurde diese Beziehung durch die Abgabe eines Vertragsangebotes (§§ 145 BGB ff) und die Annahme des Angebotes (§§ 147 ff BGB). Dritte sind Personen, die an diesem Vorgang nicht beteiligt waren, ausgenommen Personen, die auftrags und in Vertretung der Vertragsparteien gehandelt haben. ¹⁶⁴⁾ Das bedeutet aber nicht, daß Dritte zu den jeweiligen Vertragspartnern nicht in gesonderten vertraglichen Beziehungen stehen können. Es

162) s. S. 24

163) s. S. 27

164) Vertragsparteien sind also nicht die Stellvertreter, die tatsächlich den Vertrag abgeschlossen haben, dies aber im fremden Namen taten. Vertragsparteien sind aber auch nicht solche Personen, die vertragsgemäß die Leistung bestimmen (§ 317 ff BGB)

ist also möglich, daß der Dritte C zu den Vertragspartnern A und B jeweils eigene, andere Vertragskontakte besitzt. Das entscheidende Kriterium ist die rechtliche Nichtbeteiligung an dem Vertrag, über den der Richter zu entscheiden hat.

2. Eine Modifizierung dieser groben Einteilung verlangt aber sogleich das im BGB enthaltene Rechtsinstitut des Vertrages zu Gunsten Dritter (§§ 328 ff BGB). Der Dritte C wird durch einen Vertrag zwischen A und B berechtigt, die vertraglichen Primär- und Sekundärleistungen¹⁶⁵⁾ an sich zu fordern, obwohl er an der Entstehung der rechtlichen Sonderverbindung nicht mitwirkte. Diese Art von Verträgen ist eine erst im letzten Jahrhundert geschaffene Ausnahme des in § 305 BGB niedergelegten Vertragsprinzips.¹⁶⁶⁾ Eine Variante dieses sog. berechtigenden oder echten Vertrages zu Gunsten Dritter ist der ermächtigende oder unechte Vertrag zu Gunsten Dritter. In dieser Vertragskonstruktion ist der Schuldner A durch B ermächtigt, seine Primärleistungspflicht gegenüber B durch Leistung an C wirksam zu erfüllen. C selbst hat gegenüber A keinen eigenen Anspruch.

Die Dritten können in diesen Fällen nicht als Dritte im Sinne der Fragestellung verstanden werden, weil ihre Einbeziehung in den Vertrag nicht aus Gründen der Drittinteressenberücksichtigung vorgenommen wurde. Die Konstruktion verdankt ihre Entstehung den Bedürfnissen des modernen Wirtschaftsverkehrs. Denn oft wäre es wirtschaftlich unsinnig, Leistungen in einem Dreiecksverhältnis über die Katheten des Dreiecks abzuwickeln. Soll der wirtschaftliche Erfolg der Leistung letztlich bei C eintreten, bietet sich der unmittelbare Güteraustausch A - C an.

165) Begriffe nach LARENZ, "Schuldrecht" I. Bd. S. 7

166) siehe LARENZ, "Schuldrecht" I. Bd. § 17, I (S. 163)

II. DRITTE, DIE IN DEN SCHUTZBEREICH EINES VERTRAGES MIT EINBEZOGEN WERDEN

1. Dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs und dem heutigen Verständnis von einem gerechten Interessenausgleich kann die ausschließliche Betrachtung der rechtlichen Sonderverbindung von Gläubiger und Schuldner häufig nicht mehr genügen. Daher begann die Rechtsprechung schon bald nach dem Inkrafttreten des BGB den Blick von den beiden Vertragspartnern zu lösen und fragte auch nach den Interessen von Personen, die nur tatsächlich vom Vertrag berührt wurden.¹⁶⁷⁾ Es zeigt sich auch hier, genau wie bei der Entwicklung der Methodenlehre, die Aufgabe einer rein dogmatischen Betrachtungsweise und die Suche nach Lösungsmöglichkeiten, die den realen Lebensvorgängen gerecht werden.

2. Als erstes, heute unbestritten kraft Richterrechts geltendes Rechtsinstitut ist die Schadensliquidation im Drittinteresse zu nennen. Mit seiner Hilfe gelingt es, Nichtvertragsparteien, die infolge einer Vertragsverletzung einen Schaden erlitten haben, einen vertraglichen Anspruch auf Schadensausgleich zuzusprechen. Die formalen Vertragsprinzipien gewähren nur dem Vertragspartner Schadenersatz. Dieser entfällt, wenn bei ihm kein Schaden eingetreten ist. Ein solcher Fall kann im Rahmen bestimmter Konstellationen deshalb vorliegen, weil eine untypische Schadensverlagerung - kraft Gesetzes¹⁶⁸⁾ oder Vereinbarung¹⁶⁹⁾ - von einem

167) z. B. RG SoergRspr 08, § 328 Nr. 3;
OLG Colmar Recht 1914 Nr. 327;
weitere Rspr-Hinweise bei GERNHUBER a.a.O. S. 253 Anm 9

168) z. B. §§ 446, 447 BGB

169) z. B. im Falle: Obhut für fremde Sachen und mittelbare Stellvertretung

Vertragspartner auf den Dritten gegeben ist. Die Rechtsprechung, das Problem erkennend, daß der letztlich geschädigte Dritte einen Anspruch und der anspruchsberechtigte Vertragspartner keinen Schaden hat, gewährte letzterem trotzdem den Schadenersatzanspruch, den er nach § 281 BGB an den Dritten abzutreten hat.

Als rechtstheoretische Begründung läßt das RG ¹⁷⁰⁾ die Erwägung anklingen, daß der schuldhaft handelnde Schädiger aus der untypischen Schadensverlagerung keinen Vorteil ziehen dürfe. Der BGH ¹⁷¹⁾ setzte diese Rechtsprechung fort und präziserte das Rechtsinstitut auf drei Fallgruppen: die mittelbare Stellvertretung; Gefahrentlastung bei Übereignungspflichten und im Falle von obhutsfremden Sachen. Der BGH löste das Problem mittels einer im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu unterstellenden Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien. Daneben stellt er auch darauf ab, ¹⁷²⁾ wer der Träger des vertraglich oder gesetzlich geschützten Interesses ist, das schuldhaft verletzt wurde.

Auch wichtige Stimmen der Literatur kennzeichnen das Problem als eine Folge des Auseinanderfallens von Recht und geschütztem Interesse. ¹⁷³⁾

Als der innere Grund für die Anerkennung dieses Rechtsinstituts ist also festzuhalten: ein im Normalfall rechtlich geschütztes

170) RGZ 58, S. 42; 90, S. 246; 115, S. 425

171) BGH LM § 249 BGB (D) Nr. 1; BGHZ 15, S. 224 (227); BGHZ 40, S. 91 (100); BGH NJW 67, S. 930

172) BGH NJW 67, S. 930

173) insbesondere TÄGERT, "Die Geltendmachung des Drittschadens und R. SCHMIDT in SOERGEL-SCHMIDT, "BGB" §§ 249-253, RdZiff 97

Interesse verliert infolge untypischer Fallkonstellation die formale Rechtsposition zu seiner Durchsetzung. Die Rechtsprechung betrachtet es daher als ihre Aufgabe, entgegen der gesetzlichen Konstruktion, einem vom Gesetz als schutz- und durchsetzungswürdig anerkannten Interesse zur Geltung zu verhelfen. Die Interessenberücksichtigung zu Gunsten des Dritten wird über die formale Konstruktion gestellt.

3. Daneben hat die Rechtsprechung noch ein zweites Rechtsinstitut, das eine Drittinteressenberücksichtigung enthält, entwickelt. Es ist der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte. Auf der einen Seite hat dieses Rechtsinstitut eine gewisse Ähnlichkeit mit dem echten Vertrag zu Gunsten Dritter. Daher wurde er dogmatisch lange Zeit über § 328 BGB abgewickelt, bis LARENZ¹⁷⁴⁾ die vorhandenen Unterschiede herausarbeitete. Beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte hat der Dritte keinen Anspruch auf die Hauptleistung - wie im Falle des echten Vertrages zu Gunsten Dritter - sondern er kann nur die Erfüllung bestimmter Schutzpflichten verlangen. Was diesen Vertragstypus dagegen mit der Drittschadensliquidation verbindet, ist die gesetzlich nicht vorgesehene Einbeziehung einer am Vertragsschluß nicht beteiligten dritten Person in den Schutzbereich des Vertrages.¹⁷⁵⁾ Der Dritte hat allerdings nur einen Anspruch auf Beachtung der Sorgfalts- und Obhutspflichten, bzw. bei deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch. Entwickelt wurde der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte im wesentlichen bei der Personenbeförderung, ärztlichen Betreuung, Wohnungsmiete und bei

174) in NJW 56, S. 1193; "Schuldrecht" I. Bd § 17, II

175) BGHZ 33, S. 247 (249) und 49, S. 350. (351) mit weiteren Nachweisen

Schäden Dritter infolge mangelhaft erbrachter Dienst- und Werkleistungen. ¹⁷⁶⁾ Die Begründung für die Risikoausweitung zu Lasten des Schuldners fand die Rechtsprechung ¹⁷⁷⁾ in dem Interesse des Gläubigers, daß seinem Schutz anvertraute Personen nicht durch Sorgfaltspflichtverletzungen des Schuldners geschädigt werden. Es wird nicht auf das Vertragsverhältnis, sondern auf die Interessenlage Gläubiger-Dritter abgestellt.

GERNHUBER ¹⁷⁸⁾ dagegen hält für wesentlich, "ob der Vertrag inhaltlich drittbezogen ist", d.h., ob er bestimmte Güterkontakte mit Dritten vorsieht. Für ihn ist bedeutsam, ob der Dritte wegen der Art des Schuldverhältnisses von dessen Wirkung ebenso stark betroffen wird, wie der Gläubiger.

Ob diese Gesichtspunkte taugliche Kriterien für die Beantwortung der Frage abgeben, wann Drittinteressen bei Entscheidungen über vertragliche Fragen zu berücksichtigen sind, wird weiter unten zu beantworten sein. ¹⁷⁹⁾

Hier ist festzuhalten, daß die Rechtsprechung zwei gesetzlich nicht geregelte Rechtsinstitute entwickelte, die dritte Personen in den Genuß vertraglicher Schutzrechte einbeziehen. Jedoch können und sollen die so berücksichtigten Interessen Dritter nicht Drittinteressen im Sinne dieser Untersuchung sein. Die beiden o. g. Rechtsinstitute gewähren dem Dritten

176) Abgelehnt wurde die Anwendung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte im Bereich der sog. Produzentenhaftung: BGHZ 51, S. 91 (95)

177) BGH NJW 68, S. 1323; BGHZ 51, S. 91 (96)

178) a.a.O. S. 270; so auch A. BLOMEYER, "Schuldrecht" § 42, IV, 3

179) vgl. Abschnitt 7

eigene Ansprüche, die sie als Kläger gegen eine Vertragspartei durchsetzen können. Hier dagegen soll nicht die Rede davon sein, ob die Dritten eigene Rechtspositionen erhalten, sondern ob ihre Interessen in einem Streit zwischen den Vertragsparteien eine Rolle spielen dürfen. Es handelt sich hierbei um das Problem einer Vorverlagerung des Drittinteressenschutzes in die Vertragsgestaltung und -auslegung hinein.

III. Dritte und ordre public

Zur weiteren Verdeutlichung dessen, was unter Drittinteresse zu verstehen ist, soll auch eine Trennungslinie zum ordre public gezogen werden. Er ist das Ordnungsgefüge einer konkreten Staats- und Rechtsordnung ¹⁸⁰⁾, anhand dessen die Rechtsprechung prüft, ob ein Vertrag in seiner konkreten Ausgestaltung bestimmten Prinzipien dieser Ordnung zuwiderläuft. Wie bereits im ersten Teil festgestellt ¹⁸¹⁾, verlaufen ordre public und an einem realen Vorgang beteiligte Interessen häufig parallel. Nicht selten sind auf diese Weise Drittinteressen und ordre public miteinander verknüpft. Die Gefahr, der die Rechtsprechung deshalb häufig unterliegt, ist, daß beide Gesichtspunkte nicht klar getrennt werden. Deutlich wird dies an der Rechtsprechung zum Verkauf von Rechtsanwalt- und Arztpraxen. Einmal wird ein solches Rechtsgeschäft unter dem Gesichtspunkt des Drittinteressenschutzes beurteilt ¹⁸²⁾ (... "das liegt offensichtlich im Interesse der Patienten"...). Ein anderes Mal ¹⁸³⁾ wird ein Kriterium des ordre public

180) s. S. 29f.

181) s. S. 31

182) OLG Düsseldorf NJW 73, S. 558

183) BGH NJW 73, S. 98 (100)

(Beeinträchtigung der Belange der Rechtspflege) als Auslegungsargument herangezogen. Daß der Richter im Rahmen seiner Vertragsprüfung als Grenze und Maßstab der Vertragsfreiheit die Prinzipien des ordre public anzuwenden hat, insbesondere über § 138 BGB, ist heute unbestritten. Dogmatisch unklar und ungesichert ist jedoch, ob auch Drittinteressen Gesichtspunkte der Vertragsprüfung sein können. Daß die Frage bisher ungeklärt blieb, hängt nicht zuletzt damit zusammen, daß wegen des häufigen Gleichlaufs von ordre public und Drittinteressen, letztere mit ersteren gleichgesetzt und identifiziert werden. Eine Differenzierung ist aber nötig, denn der ordre public umfaßt objektive Prinzipien unserer Rechtsordnung, während die Drittinteressen zwar aus typischen Interessensituationen herausgenommen werden ¹⁸⁴⁾, aber doch subjektive Begehrensvorstellungen von Personen sind, denen häufig der ordre public nicht unterstützend zur Seite steht.

184) s. S. 69

V I E R T E R A B S C H N I T T :

RECHTLICHE RELATIVITÄT UND REFLEXWIRKUNGEN VON VERTRÄGEN

I. DER BEGRIFF UND DIE BEDEUTUNG DES RELATIVITÄTSPRINZIPS

Eine Drittinteressenberücksichtigung könnte jedoch mit dem Prinzip der Relativität von Verträgen unvereinbar sein. Denn auf den ersten Blick ist es nicht einsichtig, warum in einem Vertrag zwischen zwei Vertragspartnern neben deren Interessen, den guten Sitten und dem *ordre public* auch subjektive Interessen Dritter eine Rolle spielen sollen.

Wie oben bereits kurz erwähnt ¹⁸⁵⁾, stellt ein Vertrag eine rechtliche Sonderverbindung zwischen meist zwei Vertragspartnern dar. Die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten kommen nur in Ausnahmefällen nicht allein unter den Vertragspartnern zur Geltung. Die Voraussetzung für die rechtliche Bindung der Vertragsparteien ist ihre willensmäßige Beteiligung am Vertragsabschluß (§ 305 BGB). Insbesondere die ausdrücklich im Gesetz geregelte Ausnahme, nämlich der Vertrag zu Gunsten Dritter und seine historische Entwicklung ¹⁸⁶⁾, machen deutlich, daß die Rechtswirkungen bei Willensübereinkünften auf die daran Beteiligten beschränkt sind. ¹⁸⁷⁾ Bei der richterlichen Überprüfung eines Vertrages bietet es sich daher an, nur die Ver-

185) s. S. 69

186) s. dazu bei G. WESENBERG, "Verträge zu Gunsten Dritter", Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung für den Vertrag zu Gunsten Dritter

187) LUKES, "Der Kartellvertrag" S. 7
Es handelt sich um relatives Recht, das nur die Vertragspartner bindet. Deshalb der Ausdruck "Relativitätsprinzip"

tragsparteien und ihre Interessen zu berücksichtigen. Denn es ist der Sinn der Vertragsfreiheit, dem einzelnen die Möglichkeit zu geben, seine Interessen, meist durch ein gegenseitiges Geben und Nehmen, mit einem anderen zu verfolgen und zu erfüllen. Ist der Vertrag eine nur zwischen den Vertragsparteien bestehende Regelung über einen Interessenausgleich, dann könnte eine richterliche Berücksichtigung von Interessen Dritter, die rechtlich und willensmäßig am Vertrag nicht beteiligt sind, systemwidrig sein. 188)

II. REFLEXWIRKUNGEN VON VERTRÄGEN

1. Die Anschauung würde aber die bereits 1871 von IHERING 189) erkannte Tatsache außeracht lassen, daß jedes Rechtsgeschäft oder jeder Vertrag über seine unmittelbare rechtliche Wirkung hinaus auf dritte Unbeteiligte ebenfalls irgendwelche Auswirkungen - rechtlicher oder tatsächlicher Art - mit sich bringen kann. "Die Isolierung der Wirkungen der rechtlichen Tatsachen auf die Person der unmittelbar Beteiligten ist daher eine Unmöglichkeit. Aber was kümmert es uns? wird man sagen - Wenn nur der Berechtigte im Genuß der ihm zugedachten Wirkungen geschützt wird, so kann es ihm gleichgültig sein, ob sie zugleich dritten Personen zum Vorteil oder Nachteil gereichen. Ihm allerdings. Aber ob nicht das Recht Veranlassung hat, sich der Interessen der letzteren anzunehmen und wenn diese Frage zu verneinen, ob nicht die Jurisprudenz Veranlassung hat, diesen Wirkungen ihre Aufmerksamkeit zuzuwenden, ..." 190) Im folgenden sollen diese vertraglichen Außenwirkungen oder

188) so REINHARDT, a.a.O. S. 119

189) in IherJb Bd. 10, S. 245 ff

190) so das Originalzitat von IHERING in IherJb Bd. 10, S. 246 f

auch Reflexwirkungen genannt ¹⁹¹⁾ näher untersucht werden.

Die Tatsache der Reflexwirkungen ist heute in erster Linie bei Wirkungen von Rechtsnormen, insbesondere im Bereich des öffentlichen Rechts bekannt. Man versteht darunter positive oder negative Wirkungen von Rechtsnormen auf Personen, denen diesbezüglich aber kein subjektives Recht oder eine Rechtspflicht zur Seite gestellt wird. ¹⁹²⁾

Reflexwirkungen können aber auch bei Verträgen auftauchen. Verträge entwickeln zunächst Wirkungen auf die unmittelbar Beteiligten, d.h. auf die, für die Rechte und Pflichten entstehen. Daneben entstehen Reflexe gegenüber Dritten, die oft von der Rechtsordnung nicht einkalkuliert werden und unberücksichtigt bleiben. Das folgt schon daraus, daß Verträge ein Mittel zur Gestaltung der Gütersphäre der einzelnen Bürger darstellen. Jede einzelne Gütersphäre aber steht nicht einzeln isoliert für sich da, sondern ist in vielfältiger Weise mit der anderer Personen verknüpft. ¹⁹³⁾

191) Der Begriff "Reflexwirkungen" geht auf IHERING a.a.O. zurück. In der Lit. wird er in unterschiedlicher, meist begrenzter Bedeutung verstanden. (vgl. LUKES a.a.O. S. 170 oder A. v. THUR, "Allg. Teil" II. Bd, 1. Hälfte S. 12) Eine wichtige dogmatische Rolle spielen die Reflexwirkungen heute im Verwaltungsrecht, insbesondere im weiteren Fragenkreis des Art. 19, Abs. 4 GG. (vgl. FORSTHOFF, "Verwaltungsrecht" I. Bd. S. 186 mit weiteren Nachweisen)

192) vgl. FORSTHOFF a.a.O.

193) LUKES a.a.O. S. 171

2. Dabei gilt es jedoch zu beachten, daß es zwei große Vertragsarten gibt, nämlich die Verpflichtungs- und die Verfügungsgeschäfte, die sich in ihrem Wesen unterscheiden. Für eine rechtsbeständige Änderung der rechtlichen Zuordnung von Gegenständen ¹⁹⁴⁾ ist der Abschluß von je einem Vertrag aus den beiden Gattungen notwendig. Die eigentliche Rechtsänderung führt das Verfügungsgeschäft herbei. ¹⁹⁵⁾ Hat die Rechtsänderung das Recht an einer Sache zum Gegenstand (Eigentumsübertragung), dann wird von einem dinglichen Vertrag gesprochen. ¹⁹⁶⁾ Die Verfügungsverträge tragen aber die Rechtfertigung für die Rechtsänderung nicht in sich selbst. Sie sind wertneutral und abstrakt. Sie bedürfen einer causa. In der Regel sind dies die sog. Verpflichtungsgeschäfte oder schuldrechtlichen Verträge. Sie geben den Grund und den Zweck für die Rechtsänderung an. Durch sie werden die beiden Vertragspartner nur zu einer gegenseitigen Verpflichtung etwas zu tun oder zu unterlassen zusammengeführt (§§ 241, 305 BGB). Die schuldrechtlichen Verträge bewirken nur die Entstehung einer rechtlichen Sollensordnung zwischen den Vertragsparteien. Ihre rechtliche Existenz allein kann noch keine Außenwirkungen nach sich ziehen. Das kann nur durch die Erfüllung der Sollensordnung geschehen. ¹⁹⁷⁾ Denn erst dadurch wird eine rechtliche Veränderung bewirkt. Deshalb bewirkt erst der Vollzug der schuldrechtlichen Verträge die Reflexwirkungen gegen Dritte.

3. Schon IHERING ¹⁹⁸⁾ unterschied die Reflexwirkungen nach Art ihrer Wirkung in solche faktischer und rechtlicher Art.

194) im Sinne von Sachen und Rechten: so PALANDT "BGB" Überblick vor § 90, Anm. 2

195) LARENZ, "Allg. Teil" § 18, II, c

196) Zur Terminologie: BAUR, "Sachenrecht" § 5

197) so schon IHERING in IherJb Bd. 10, S. 256

198) IHERING a.a.O. S. 250

Bedeutsam sind in erster Linie Reflexe, die unmittelbar rechtliche Wirkungen auslösen, weil durch sie nicht nur die faktische oder wirtschaftliche Sphäre Dritter eingegriffen wird, sondern auch deren Rechtsposition verändert wird. Am häufigsten taucht diese Situation bei den dinglichen Verträgen auf, weil sie, wie bereits oben angeführt, die Rechtslage an einem Gegenstand ändern. Die Besonderheit der dinglichen Rechte liegt in ihrer Absolutheit. Dies bedeutet, daß der Inhaber eines dinglichen Rechts (z. B. der Eigentümer) bezüglich dieses Rechts einen umfassenden, gegen jedermann wirkenden Schutz genießt. (Z.B. für das Eigentum: §§ 985, 1004, 823, 812 BGB und Art. 14 GG)

Unter besonderen Umständen kann die Übertragung, Belastung oder die Übertragung einer Belastung eines dinglichen Rechts unmittelbar die dingliche Rechtsposition von Personen, die weder am schuldrechtlichen Vertrag noch an dessen Vollzug durch den dinglichen Vertrag beteiligt waren, verändern.

Schließt der A mit dem B einen Kaufvertrag über eine dem C gehörige Sache und wird dieser Kaufvertrag vollzogen, so wird der B unter den Voraussetzungen der §§ 932 - 934 BGB Eigentümer werden und der C verliert sein Eigentum, obwohl er an beiden Verträgen nicht beteiligt war.

Ein weiteres Beispiel für einen Reflex mit unmittelbarer Rechtswirkung zu Gunsten Dritten: Der A ist Eigentümer eines Grundstücks, das mit einer Grundschuld sowohl des B (erstrangig) als auch des C (zweitrangig) belastet ist. Wird nun die Erstgrundschuld im Grundbuch gelöscht, rückt die zweitrangige Grundschuld nach und wird zur erstrangigen, was eine positive Veränderung der Rechtsposition im Rahmen einer Zwangsvollstreckung bedeutet.

Diese beiden Beispiele zeigen, wie dingliche Verträge unmittelbare Rechtsfolgen für Dritte auslösen können. Die Reflexe sind quasi die notwendige Kehrseite der Medaille, sie sind die notwendige Folge der gesetzgeberischen Entscheidung, einem Nichtberechtigten z.B. die Möglichkeit einzuräumen, wirksam Eigentum zu übertragen. Die richterliche Berücksichtigung der Interessen der unmittelbar Betroffenen muß hier ausscheiden, weil der Richter sich an das durch den Gesetzgeber geschaffene klare System der Drittbenachteiligung oder -begünstigung zu halten hat.¹⁹⁹⁾ Die auftauchenden Interessenkonflikte sind im Gesetz bewußt und gewollt auf eine bestimmte Art und Weise geregelt. Für eine selbständige richterliche Drittinteressenberücksichtigung bleibt daher kein Raum.

Dasselbe gilt auch für andere durch gesetzliche Regelungen ausgelöste Reflexe, die unmittelbare Rechtswirkungen auf Dritte ausüben. So sieht z. B. § 556 Abs. 3 BGB vor, daß im Falle der Beendigung eines Mietverhältnisses der Vermieter vom Untermieter, mit dem er in keiner rechtlichen Beziehung steht, die Mietsache herausverlangen kann. Hier handelt es sich nicht um dingliche, reflexauslösende Verträge, sondern um die Dritte belastende Ausweitung eines Schuldverhältnisses. Ein Schuldverhältnis wirkt auf ein anderes ein. Vergleichbare Situationen finden sich in den §§ 571, 577, 579, 613 a, 1251 Abs. 2 BGB und 25 Abs. 1 S 1 HGB.

4. Eine bedeutsame Erscheinungsform von Vereinbarungen, deren Sinn und Zweck es ist, in Rechtsverhältnisse Dritter hineinzuwirken, findet sich im Arbeitsrecht. Bei den Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen handelt es sich um Abmachungen

199) vgl. LÜDERITZ a.a.O. S. 307 f

zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgebervereinigungen. Die Abreden beziehen sich auf einen in der Zukunft zwischen einem einzelnen Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber abzuschließenden Arbeitsvertrag. Es werden bereits detaillierte arbeitsrechtliche Fragen festgelegt. Durch § 1 TVG ²⁰⁰⁾ wird die unmittelbare Geltung dieser Vereinbarungen für die Arbeitsverhältnisse festgelegt. Die Tarifverträge nehmen insoweit eine Sonderstellung ein, als den vereinbarten Regeln Normqualität zukommt. Nach allgemeiner Meinung besitzt der Tarifvertrag eine juristische Doppelnatur (schuldrechtlicher und korporativer Normenvertrag) ²⁰¹⁾.

Die Konstellation, daß Interessenverbände untereinander sich vertraglich verpflichten, ihren Mitgliedern zu empfehlen, nur inhaltlich bereits fixierte Vertragsgestaltungen für bestimmte Einzelverträge zu übernehmen, kommt aber nicht nur im Arbeitsrecht vor, (z. B. der deutsche Einheitsmietvertrag). Die Reflexwirkung in diesen Fällen entsteht durch die Übernahme dieser Musterverträge für den einzelnen Vertrag. Die Funktion solcher Vereinbarungen ist, den einzelnen rechtsunerfahrenen und u. U. seinem Vertragspartner wirtschaftlich unterlegenen Bürger einen Vertrag zu garantieren, in dem die Pflichten in einem angemessenen Verhältnis zu den Rechten stehen.

Die völlig entgegengesetzte Aufgabe haben Verträge, die von Vertragspartnern mit gleichen Interessen geschlossen

200) "Der Tarifvertrag regelt Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien und enthält Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluß und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können"

201) vgl. HUECK-NIPPERDEY-STÄHLHACKE, "TVG" § 1 RdNr. 180 ff BOBROWSKI-GAUL, "Arbeitsrecht" S. 690

werden und in denen sie sich untereinander verpflichten, mit Dritten nur bestimmte Verträge abzuschließen. Solche Abreden spielen insbesondere im wirtschaftlichen Bereich eine Rolle. Kaum ein Vertrag des täglichen Lebens, der nicht durch solche Abmachungen beeinflußt wird. In der Jurisprudenz ist dieser Sachverhalt allgemein unter den Stichworten "Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)" und "Kartelle" bekannt.

Die Kartelle lassen sich in ihrer Stoßrichtung nach außen in zwei Kategorien einteilen: einmal, ob die Vertragspartner des Kartells Absatzgebiete oder Produktionsmengen o. ä. einteilen und sich verpflichten, diese Einteilung einzuhalten (einteilende Kartelle) ²⁰²⁾ oder, ob Verpflichtungen eingegangen werden, einen bestimmten Warenpreis einzuhalten oder nur bestimmte Geschäftsbedingungen bei Verträgen mit Dritten zu verwenden (Regelaufstellende Kartelle) ²⁰²⁾. In diesen Bereich ist auch die vereinbarte Anwendung gleichartiger AGB anzusiedeln.

Typisch für letztere Verträge ist, daß sie Regeln aufstellen, wie andere Rechtsverhältnisse inhaltlich gestaltet werden sollen. Dies geschieht zwar nicht unmittelbar, wie in den o. a. Fällen der dinglichen Verträge oder der Tarifverträge, sondern es hat erst eine Umsetzung in den Vertrag mit dem Dritten zu erfolgen. Zu dieser Umsetzung hat sich der Kartellbeteiligte aber schuldrechtlich verpflichtet. Die Reflexwirkung besteht darin, daß der Dritte, will er eine bestimmte Sache kaufen oder gewisse Dienste in Anspruch nehmen, dies nur unter den im Kartell vereinbarten Bedingungen erreichen kann. Er selbst kann seine Interessen nicht mehr wahrnehmen oder durchsetzen. Denn die regelaufstellenden Kartelle haben

202) Terminologie nach LUKES a.a.O. S. 151

natürlich in erster Linie die Funktion, den Interessen der Kartellbeteiligten zu dienen. Dieser Vorgang führt zu einer Interessenbenachteiligung des Dritten, die er nicht hinnehmen müßte, wenn sein Vertragspartner nicht die Gewißheit hätte, daß die potentiellen Konkurrenten sich ihm gegenüber verpflichtet haben, Konkurrenz zu unterlassen.²⁰³⁾ Das gleiche gilt auch für die einteilenden Kartelle; auch hier bleibt der Anbieter konkurrenzlos und kann so, wenn der Dritte auf eine bestimmte Ware oder Dienstleistung angewiesen ist, seine Interessen voll auf Kosten des Dritten durchsetzen.

In dieser Situation - heute ein brennendes Thema - stellt sich die Frage nach dem Schutz der Drittinteressen. Es bieten sich zwei Möglichkeiten an. Die Abwehr kann bereits bei den die Reflexe auslösenden Kartellverträgen einsetzen, oder es kann auch die Umsetzung der dort vereinbarten Regelungen in Verträge unter die Lupe genommen werden.

Mit den die Außenwirkung herbeiführenden Kartellverträgen beschäftigt sich das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Es hat in erster Linie die Aufgabe, die für ein marktwirtschaftlich orientiertes Wirtschaftssystem unerläßliche Konkurrenz unter den Marktteilnehmern aufrechtzuerhalten. Damit unterstützt es gleichzeitig auch den einzelnen, dem das Konkurrenzprinzip hilft, die eigenen Interessen in einem angemessenen Verhältnis im Vertrag mit dem Anbieter durchzusetzen.

In §§ 1 und 15 GWB werden Verträge, deren Zielrichtung eine Einschränkung des Wettbewerbs ist, für nichtig erklärt. § 15 GWB spricht ausdrücklich die regelaufstellenden Kartelle an. Auch im EWG-Vertrag vom 25. März 1957 werden in Art. 85 sowohl einteilende als auch regelaufstellende Kartelle verboten. Durch die Erklärung der Nichtigkeit werden die Ver-

203) s. LUKES a.a.O. S. 152; auch M. WOLF, "Entscheidungsfreiheit" S. 14 ff

tragsteilnehmer von ihrer schuldrechtlichen Verpflichtung z. B. nur bestimmte AGB zu verwenden, befreit. Die Rechtsordnung verweigert diesen Verträgen ihren Schutz. 204)

Da aber die Einhaltung der Kartellverpflichtungen im Interesse der Vertragsparteien liegt, wird sich in den seltensten Fällen eine Vertragspartei auf die Nichtigkeit berufen. Daher wurden die Kartellbehörden geschaffen (§§ 44 ff GWB), die in einem gerichtsförmig gestalteten Verwaltungsverfahren (§§ 51 GWB) die Durchführung von Verträgen im Sinne von §§ 1 und 15 GWB untersagen können (§ 37 a GWB). Daneben hat das GWB die Nichtbeachtung der Nichtigkeit als Ordnungswidrigkeit festgesetzt (§ 38 GWB).

Diese massiven staatlichen Eingriffe in die Vertragsfreiheit sind in erster Linie nicht zum Schutz von Dritttinteressen vorgesehen, sondern zur Erhaltung des marktorientierten Wirtschaftssystems. 205) Es ist daher zu prüfen, welche Möglichkeiten des Interessenschutzes der konkret betroffene Dritte hat, wenn er mit einem Kartellbeteiligten in vertraglichen Kontakt tritt. Die aufteilenden Kartelle beschränken Dritte auf nur einen bestimmten Vertragspartner oder auf eine bestimmte Menge oder Qualität von Waren. Die Möglichkeiten des Dritten sind in diesem Bereich eng begrenzt, weil das Prinzip der Abschlußfreiheit - d. h. niemand ist zum Abschluß eines bestimmten Vertrages verpflichtet - zu den ungeschriebenen Grundlagen unserer Rechtsordnung zählt. Ausnahmen sind nur in ganz engem Rahmen möglich. U.a. wird ein Kontrahierungszwang dann bejaht, wenn "durch das Nichtkontrahieren in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zugefügt werden würde." 206

204) allerdings läßt der Gesetzgeber Ausnahmen zu: §§ 2-8 GWB

205) str. ist jedoch, ob neben diesem Schutzobjekt das Wettbewerbsrecht auch die Interessen der am Markt beteiligten Individuen schützt: so LUKES a.a.O. S. 184 ff

206) so NIPPERDEY, "Kontrahierungszwang", S. 57; schon 1911 bejahte das RG in RGZ 48, S. 127 einen Kontrahierungszwang aus dem Gedanken des § 826 BGB

In der Praxis nützt diese Möglichkeit dem Dritten wenig, weil ihm schwerlich der Nachweis der sittenwidrigen Schädigung gelingen wird.

Bei regelaufstellenden Kartellen kann der Dritte den mit einem Kartellbeteiligten geschlossenen Vertrag bezüglich seines Inhalts gerichtlich überprüfen lassen. Wenig Chancen einer richterlichen Abänderung zu Gunsten der Dritten haben Preisfestsetzungen. Eine Kontrolle ist nur über § 138 Abs. 2 BGB (Wucher) möglich. Er setzt objektiv ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraus. Das bedeutet, daß weit- überhöhte Preise verlangt werden, eine leicht überhöhte Preisgestaltung dagegen kann nicht unter § 138 Abs. 2 BGB subsumiert werden. Darüberhinaus kann bei einem gleichförmigen Verhalten aller Anbieter der wahre Marktpreis, also die Bemessungsgrundlage für § 138 Abs. 2 BGB gar nicht mehr festgestellt werden. Das anschaulichste Beispiel hierfür zeigten im Nachgang zur Ölpreiskrise des Jahres 1973 die multinationalen Ölkonzerne. 207)

Den weitestgehenden Schutz genießt der Dritte, wenn Kartelle sich verpflichten, Verträge mit Dritten nur unter Einhaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen abzuschließen. Mit der Entwicklung eines Instrumentariums zur Inhaltskontrolle von AGB versucht die Rechtsprechung der völligen Preisgabe von Interessen Herr zu werden. 208) Ihre Mittel sind einmal eine auf §§ 157, 242 BGB gestützte restriktive Auslegung der Frage, ob AGB überhaupt Vertrags-

207) Das Bundeskartellamt konnte jedoch keinen Verstoß gegen das GWB feststellen

208) Um Mißbräuche wirksamer als bisher bekämpfen zu können, ist eine gesetzliche Regelung des Rechts der AGB geplant, s. hierzu WOLF, JZ 74, S. 466 und KÖTZ, Gutachten für den 50. DJT. Am 1.7.1977 soll die gesetzliche Regelung, die sich im wesentlichen an den von der Rspr. entwickelten Prinzipien orientiert, in Kraft treten.

inhalt wurden. Unangemessene oder überraschende Klauseln werden nicht bindend. Die eigentliche Inhaltskontrolle orientiert sich an folgendem Grundsatz: Klauseln, die sich über schutzwürdige Belange des Vertragspartners hinwegsetzen und gleichzeitig eine einseitige Interessenbevorzugung des anderen darstellen, sind als Mißbrauch der Vertragsfreiheit gemäß § 242 unverbindlich. 209)

Bei groben Verstößen gegen die Vertragsgerechtigkeit wird sogar § 138 angewendet. 210)

Auf die detaillierte Kasuistik in diesem Fragenkreis einzugehen, verlangt der Untersuchungsgegenstand nicht. Es bleibt aber festzuhalten. Verträge können mittelbar rechtliche Außenwirkungen zur Folge haben. Der durch sie berührte Dritte hat, da er zu einem der Vertragspartner in vertraglichen Kontakt tritt, unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, zumindest ein Minimum an Interessenschutz mittels einer richterlichen Vertragsüberprüfung zu erreichen. Anders verhält es sich dagegen in der anschließend zu besprechenden Fallgruppe, bei der die Dritten nur faktisch von den Vertragsreflexen berührt werden.

5. Wie bereits o. a. unterschied schon IHERING ²¹¹⁾ zwischen Reflexen rechtlicher und faktischer Art. Er widmete letzteren jedoch keine besondere Aufmerksamkeit: "Daß diese Gestaltung der Reflexwirkung ein rechtliches Interesse überall nicht darbietet, bedarf nicht der Bemerkung." ²¹²⁾ Ob dieser Satz heute - 100 Jahre später - noch seine Richtigkeit hat, soll

209) so BGHZ 22, S. 90; 41, S. 154; 52, S. 64; 54, S. 109; 60, S. 244, 380;
RAISER, "AGB" S. 283 lehnt als Begründung für eine Inhaltsüberprüfung die Anwendung der §§ 138, 242 BGB ab und verweist auf die der Vertragsfreiheit immanenten Schranken

210) BGH NJW 71, S. 1034

211) IherJb. Bd. 10, S. 250

212) IherJb. Bd. 10, S. 250

im folgenden untersucht werden.

War es möglich, bei den vorausgehenden Fallgruppen eine bestimmte Art von Verträgen, (dinglicher Vertrag, Kartellvertrag) als bedeutendste Vertreter ihrer Gattung zu finden, so scheitert der Versuch einer Typisierung bei den Verträgen mit faktischen Außenwirkungen. Es sind Verträge aus allen Bereichen des menschlichen Zusammenlebens. Eine abschließende Aufzählung ist daher unmöglich, es sollen jedoch die bedeutendsten und am häufigsten vorkommenden Verträge mit faktischen Reflexen erörtert werden.

Als einer der wichtigsten ist die Sicherungsübertragung ²¹³⁾ zu nennen. Sie ist ein nicht im Gesetz geregeltes Rechtsinstitut, das sich aufgrund wirtschaftlicher Bedürfnisse gewohnheitsrechtlich entwickelt hat. ²¹⁴⁾ Es dient der Sicherung von Krediten. Jedes Sicherungsgeschäft setzt sich aus einem schuldrechtlichen Grundgeschäft und einem Vollzugsgeschäft zusammen. Das Grundgeschäft regelt die Pflichten des Sicherungsnehmers, insbesondere die Rückübertragungspflicht, wenn die Kreditforderung getilgt ist. Daneben beinhaltet es die Pflicht des Sicherungsgebers, den Sicherungsgegenstand zu übertragen. Der Vollzug dieses obligatorischen Treuhandvertrages ²¹⁵⁾ geschieht bei Fahrnisübertragung meist in der

213) Zum Begriff Sicherungsübertragung vgl. SERICK, "Eigentumsvorbehalt II. Bd, S. 3: "Die Sicherungsübertragung ist eine Sicherungsübereignung von beweglichen Sachen oder von Grundstücken, eine Sicherungsabtretung von Forderungen oder eine Sicherungsübereignung von Rechten"

214) SERICK, "Eigentumsvorbehalt", I. Bd. S. 2

215) SERICK, "Eigentumsvorbehalt", II. Bd., S. 47

Form des § 930 BGB. Das bietet den beiden Parteien den Vorzug, daß der Sicherungsnehmer eine Sicherung hat und der Sicherungsgeber den unmittelbaren Besitz an den Gegenständen behält, trotz der sicherungsweisen Übertragung; anders dagegen beim Pfandrecht, das eine Übergabe der zur Sicherung verpfändeten Sache an den Sicherungsnehmer voraussetzt. Der Sicherungsgeber ist daher in der Lage, die Gegenstände voll wirtschaftlich benutzen zu können.

Diesen Vorteilen stehen Nachteile für Dritte gegenüber, die an diesem Sicherungsgeschäft rechtlich nicht beteiligt sind. Die Nachteile sind mit den zwei Schlagworten beschrieben: Kredittäuschung und Gläubigergefährdung. Die mangelnde Publizität der Sicherungsübereignung hat zur Folge, daß für einen an den Schuldner neu herantretenden Gläubiger der Schein einer genügend großen Haftungsmasse erzeugt wird und im Vertrauen darauf Kredit gewährt wird, während tatsächlich die Vermögenslage wesentlich schlechter ist. Darüberhinaus wird durch eine Sicherungsübereignung bereits vorhandenen ungesicherten Gläubigern die Basis ihrer Sicherheit entzogen. Denn das Sicherungseigentum berechtigt im Falle einer Einzelzwangsvollstreckung zu einer Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) des Sicherungsnehmers²¹⁶⁾ mit dem Erfolg, daß der Dritte diesen Gegenstand nicht pfänden und verwerten kann. In einem Konkursverfahren kann der Sicherungseigentümer Absonderung gemäß § 47 KO der Gegenstände mit der Folge der vorzugsweisen Befriedigung verlangen.²¹⁷⁾

216) so die h. M. in Lit. und Rspr, insbesondere aber SCHÖNKE-BAUR a.a.O. § 44, A, II, 1, b, bb mit weiteren Hinweisen; a.A. MÜNZBERG a.a.O. § 771, II, 1, a, der dem Sicherungsnehmer nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO gewähren will

217) so die h. M.; vgl. BÖHLE-STAMMSCHRÄDER, "Konkursordnung" § 43 Anm 3

Daran wird deutlich, welche wirtschaftlichen Auswirkungen eine Sicherungsübertragung auf Dritte haben kann; zumal dann, wenn die wirtschaftlich wesentlichen Güter dem Zugriff der dritten Gläubiger entzogen sind.

Reflexe anderer Art können Kaufverträge über Arzt- oder Rechtsanwaltspraxen auslösen. In aller Regel wird in einem solchen Vertrag auch die Übergabe der Patienten- oder Mandantenkartei vereinbart. Diese enthalten höchstpersönliche Angelegenheiten über dritte Personen. Die Dritten haben den Arzt oder Rechtsanwalt ihres Vertrauens aufgesucht; zwar in erster Linie, um eine Frage oder ein Problem sachlich klären zu lassen, aber auch in Erwartung einer vertraulichen Behandlung ihrer Fragen. Durch den Verkauf der Praxis werden diese höchstpersönlichen Angelegenheiten einer fremden Person offenbart, deren Auswahl die Dritten nicht mitbestimmt haben. Zwar unterliegen Ärzte sowie Rechtsanwälte einer beruflichen Schweigepflicht, aber den betroffenen Dritten kann bereits die Tatsache unangenehm sein, daß einer anderen Person ein Teil des höchstpersönlichen Privatlebens zur Kenntnis gelangt. Auch hier können also die Interessen einer am Kaufvertrag nicht beteiligten Person erheblich berührt werden.

Nicht selten können auch Schenkungsverträge nicht nur Bedeutung für den Beschenkten, sondern auch für Dritte haben. So begründet eine Schenkung eines potentiellen Geschäftspartners an eine vertretungsberechtigte Person des Geschäftsherrn die Gefahr, daß der Beschenkte sich nicht mehr von dem Gedanken der Interessenwahrung seines Geschäftsherrn leiten läßt, sondern eigennützige Interessen zu dessen Lasten verfolgt.

Sehr schwerwiegende Reflexe kann die solidarische Nichterfüllung

von arbeitsvertraglichen Pflichten auf Dritte ausüben. Insbesondere ein Streik in Versorgungsbetrieben könnte sogar die physische Existenz von Personen, falls z. B. ein Krankenhaus betroffen wird, gefährden.

Hier mag die Aufzählung der wahllos herausgegriffenen Beispiele aufhören. Sie verdeutlichen, daß die Lösung schuldrechtlicher Fragen erheblich in die Sphäre Dritter eingreifen kann. Bedeutsam ist dabei, daß sie weder unmittelbar noch mittelbar rechtliche Reflexe auslösen, sondern wirtschaftliche und persönliche Interessen von Personen verletzen, die am Vertrag nicht beteiligt sind, wobei die Intensität der Interessenverletzung von Fall zu Fall variieren kann. Daher stellt sich dringend die Frage, ob im Gesetz ein Interessenschutz für Dritte vorgesehen ist. Dieser ist schwieriger als bei Verträgen mit mittelbaren rechtlichen Reflexen zu erreichen, weil die Reflexe keine rechtliche Sonderverbindung zu einem der Vertragspartner auslösen, in der dann die Interessen des Dritten berücksichtigt werden könnten. Den Dritten bleibt nur die Möglichkeit, auf die gesetzlich vorgesehenen Schutzvorschriften zurückzugreifen. Tatsächlich hat der Gesetzgeber auch für einige typische Fälle gesetzliche Regeln für den Interessenschutz vorgesehen, vor allem im Bereich des Gläubigerschutzes.

Veräußert jemand durch Vertrag sein Vermögen an einen anderen, dann entzieht er durch diesen Vertrag seinen Gläubigern die Haftungsgrundlage und sie müßten u. U. leer ausgehen. In solchen Fällen greift zum Schutze der dritten Gläubiger § 419 BGB ein. Er belastet neben der fortbestehenden Haftung des Schuldners auch den Vertragsübernehmer mit der Haftung in Höhe des übernommenen Vermögens. Aus dem Leitgedanken des Gläubigerschutzes heraus wurde § 419 BGB im Laufe der Zeit durch die

Rechtsprechung noch ausgeweitet. Insbesondere wurde das Erfordernis fallengelassen, daß ein Inbegriff von Vermögensgegenständen übertragen werden muß. Es genügt bereits die Übertragung eines Einzelstückes, sofern es nach der Verkehrsauffassung als der wesentliche Teil des Vermögens erscheint.²¹⁸⁾ Zum Schutze des Vermögensübernehmers soll die extensive Auslegung aber nur dann gelten, wenn er "weiß, daß es sich ... um das ganze oder so gut wie um das ganze Vermögen des Veräußerers handelt, oder wenn er mindestens die Verhältnisse kennt, aus dem sich das ergibt.²¹⁹⁾

Neben § 419 gilt für die Übertragung eines Handelsgeschäfts als handelsrechtliche Sondervorschrift § 25 HGB. Auch hier haftet der Unternehmer für die Schulden des früheren Inhabers. Aber § 25 HGB läßt sich leicht ausschalten. Dazu ist nur erforderlich, daß die Firma nicht unter dem alten Namen fortgeführt oder der Ausschluß der Haftung kundgemacht wird. § 419 BGB dagegen ist zwingend und greift auch bei der Übertragung eines Handelsgeschäftes ein, wenn dieses das wesentliche Vermögen des Schuldners darstellt.

Im Falle der o. a. Sicherungsübertragungen ist es streitig, ob § 419 angewendet werden soll, da es sich um keine endgültigen Vermögensübertragungen handelt. Die h. M. bejaht aber eine Anwendung des § 419 BGB,²²⁰⁾ wenn das wesentliche Vermögen zur Sicherung übertragen wird. Insoweit genießt also der Dritte einen Schutz vor totaler Ausplünderung der Haftungsmasse. Dieser Schutz relativiert sich allerdings, wenn die

218) aus der Rspr: RGZ 134, S. 121 (124); 160, S. 7 (13); BGH NJW 60, S. 1757 und NJW 65, S. 1174; aus der Lit.: SOERGEL-SIEBERT, "Schuldrecht" § 419, RdZiff 5; a.A. SCHRICKER JZ 70, S. 265 ff, der eine solch extensive Auslegung des § 419 ablehnt und den Vermögensübernehmer nur in Höhe der Differenz zwischen dem Mehrwert des Vermögens und dem bezahlten Preis haften lassen will

219) BGH NJW 66, S. 1748 f

220) FIKENTSCHER, "Schuldrecht" § 59, IV und RGZ 139, S. 199; BGH DB 62, S. 1139

Vermögensgegenstände sukzessiv übertragen werden. Dann gilt als Gegenstand der Vermögensübernahme nur das zuletzt übertragene Vermögensteil und nur im Verhältnis zu diesem tritt § 419 BGB in Funktion.

Besondere Ausprägungen des Gedankens, einen Gläubiger vor Geschäften des Schuldners mit anderen Personen zu schützen, finden sich im Anfechtungsgesetz (§§ 3 ff) und in der Konkursordnung (§§ 29 ff). Die Interessen der Gläubiger werden geschützt, wenn sie durch solche Verträge des Schuldners mit anderen Personen verletzt werden, die zu einer Verminderung der Haftungsmasse führen. Jedoch verlangt die Gläubigeranfechtung im Gegensatz zu § 419 BGB besondere Voraussetzungen.

Die Absichtsanfechtung (§§ 31 KO und 3, Abs. 1 Ziff. 1 u. 2 AnfG) setzt in ihrer ersten Variante voraus, daß der Schuldner in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, einen entgeltlichen Vertrag schloß und sein Vertragspartner diese Absicht kannte. In der zweiten Variante, bei entgeltlichen Geschäften des Schuldners mit seinen nächsten Verwandten, wird die Benachteiligungsabsicht gesetzlich vermutet und dem Vertragspartner die Beweislast für seine Nichtkenntnis auferlegt. 221)

Ein weiterer Anfechtungsgrund ist die Schenkungsanfechtung (§§ 32 KO und 3 Abs. 1 Ziff. 3 u. 4 AnfG). Sie erfaßt alle 1 Jahr vor Konkurseröffnung oder Anfechtung vom Schuldner vorgenommen unentgeltlichen Verfügungen - außer gebräuchlichen und üblichen Schenkungen - und ebenso alle derartigen Geschäfte, die der Schuldner zwei Jahre vor den o. a. Zeitpunkten zu Gunsten seines Ehegatten tätigte. Dieser Tatbestand wertet die

221) BÖHLE-STAMMSCHRÄDER, "Konkursordnung" § 31, Anm. 3; ders., "AnfG" § 3, Anm. II, 1

Interessen der Gläubiger höher, als im Falle der Benachteiligungsabsicht. Es kommt nur auf die Erfüllung eines objektiven Sachverhaltes an, nicht jedoch auf subjektive Elemente, wie Kenntnis. Die beiden Vorschriften stehen damit im Einklang mit der auch sonst üblichen gesetzlichen Skepsis gegenüber Schenkungen, die häufig die Interessen Dritter oder des Schenkers selbst höher werten als die des Beschenkten an der Beständigkeit der Schenkung. ²²²⁾ (z.B. §§ 528, 530, 822, 988 BGB)

Für das Konkursrecht hat das Gesetz in § 30 einen weiteren Anfechtungstatbestand (besondere Konkursanfechtung) geschaffen, welche im Anfechtungsgesetz kein Gegenstück hat. Er betrifft Rechtsgeschäfte des Schuldners kurz vor oder nach Zahlungseinstellung oder nach Stellung des Konkursantrages, durch deren Abschluß die Gläubiger benachteiligt werden oder die einen Gläubiger bevorzugen gegenüber den anderen Gläubigern.

Die Anfechtungserklärung hat - im Gegensatz zur BGB-Anfechtung - keinerlei rechtsgestaltende Wirkung. Das Anfechtungsrecht ist ein, infolge der Verwirklichung bestimmter Tatbestandsmerkmale im Gesetz begründeter schuldrechtlicher Anspruch. Dieser ist auf die Rückgewähr des Empfangenen in das Vermögen des Schuldners gerichtet, bzw. gestattet er die Befriedigung des Anfechtenden so zu dulden, als ob die anfechtbare Handlung nicht erfolgt sei ²²³⁾ Die Art der Rückgewähr ist jedoch zwischen Anfechtungsgesetz und Konkursordnung unterschiedlich. Bei der konkursrechtlichen Anfechtung

222) LARENZ, "Allg. Teil" § 18, II; THUR, "Allg. Teil" II. Bd. 2. Hälfte, § 75, III

223) vgl. GERHARDT a.a.O. S. 6, der sehr ausführlich die Rechtsnatur des Anfechtungsrecht erörtert

dient der Rückgewähranspruch der Befriedigung sämtlicher Konkursgläubiger. Daher übt das Anfechtungsrecht auch der Konkursverwalter aus (§ 36 KO), während die Einzelgläubigeranfechtung nur die rechtlichen Hindernisse beiseiteräumt, die der Vertrag des Schuldners mit der anderen Person gegen eine Zwangsvollstreckung des Dritten in den verfügten Gegenstand auftürmte.

Der § 419 BGB und die eben besprochenen Anfechtungsmöglichkeiten sind spezielle gesetzliche Regelungen, die Dritte insbesondere vor den wirtschaftlichen Außenwirkungen von Verträgen unmittelbar schützen. Einen weiteren unmittelbaren Schutz lassen den Dritten nur die allgemeinen deliktsrechtlichen Vorschriften (§§ 823 Abs. 1 u. 2; 826 BGB) angedeihen. Zweck dieser Vorschriften ist der Schutz des einzelnen gegen widerrechtliche Eingriffe in einen genau definierten Rechtskreis. Es handelt sich hierbei aber nur um die Verletzung der allgemeinen, zwischen allen Menschen bestehenden, quasi nachbarrechtlichen Rechtsbeziehungen. Eine solche Verletzung kann von jedem willentlich gesteuerten Vorgang ausgehen, also auch von einem zwischen zwei Personen geschlossenen Vertrag.

Wesenseigen ist den hier angesprochenen Deliktsvorschriften, auch Recht der unerlaubten Handlungen genannt, daß der objektive Sachverhalt des Eingriffs in die Rechtsposition alleine nicht genügt, sondern Widerrechtlichkeit und Verschulden erforderlich sind, um den Abwehr- oder Schadensersatzanspruch zu rechtfertigen. Darüberhinaus schützt § 823, Abs. 1 BGB nur bestimmte, enumerative Rechtsgüter. Der § 823 Abs. 2 erfordert dagegen die Verletzung einer Rechtsnorm, die nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit dient, sondern auch dem des einzelnen. ²²⁴⁾

224) BGHZ 46, S. 23

Einen allumfassenden Schutz gewährt nur § 826 BGB, der jede Schadenszufügung ersatzpflichtig macht. Ihre Begrenzung erfährt die Vorschrift allerdings dadurch, daß die Rechtsfolge nur im Falle einer vorsätzlich gewollten sittenwidrigen Schädigung ausgelöst wird.

Es bleibt somit festzuhalten: die deliktsrechtlichen Vorschriften sind geeignet, große Flächen des Dritttinteressenbereiches zu schützen. Lassen jedoch wegen ihrer engen Tatbestandsvoraussetzungen oder ihrer Begrenzung auf nur bestimmte Rechtsgüter auch deutliche Lücken beim Schutz der Drittinteressen erkennen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Vertragspartner nicht schuldhaft gehandelt haben.

Auch die speziellen gesetzlichen Schutzvorschriften (§§ 419 BGB, 1 ff AnfG und 29 ff KO) gewähren nur auf bestimmten Gebieten der Gläubigerbenachteiligung begrenzten Interessenschutz. Diese Situation ist ein Produkt der liberalen Gesinnung der gesetzlich ausgeformten Privatrechtsordnung. Als mögliches Regulativ kann nur eine auch den Drittinteressenschutz mit einbeziehende Normenanwendung und -auslegung durch die Rechtsprechung in Frage kommen.

Im letzteren Abschnitt wurde deutlich, daß Verträge über ihre relativen rechtlichen Beziehungen hinaus auch Wirkungen von nicht unbedeutendem Ausmaß auf Dritte entfalten können. Das Gesetz, insbesondere das BGB, wird diesen Tatsachen nur wenig gerecht. Es erhebt sich deshalb die Frage, ob die Zivilrechtssystematik einen korrigierenden Eingriff der Rechtsprechung zuläßt, oder ob das Prinzip der Vertragsfreiheit es sogar verbietet, Drittinteressen in die richterliche Vertragsüberprüfung miteinzubeziehen. Eine Antwort auf diese Frage soll im nächsten Abschnitt versucht werden.

F Ü N F T E R A B S C H N I T T

VERTRAGSFREIHEIT UND DRITTINTERESSEN

I. AUFGABE UND FUNKTION DER VERTRAGSFREIHEIT

1. Einer der Grundpfeiler unseres Bürgerlichen Rechts ist neben der Eigentums- und Vererbungsfreiheit die Vertragsfreiheit. Der innere Zusammenhang dieser drei Rechtsprinzipien rechtfertigt es, von einem System des Privatrechts zu sprechen. Ethisch und philosophisch basiert es auf den Vorstellungen der Aufklärung, wie auch die anderen großen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts in Mittel- und Westeuropa, sowie auf der Philosophie des deutschen Idealismus, speziell der Kant'schen Ethik.²²⁵⁾ SAVIGNY, einer der bedeutendsten geistigen Väter des BGB, läßt in seinem "System des heutigen Römischen Rechts" deutlich zum Ausdruck kommen, daß seiner Definition des subjektiven Rechts Kant'sche Vorstellungen zugrundeliegen. Das so entworfene Privatrechtssystem bekennt sich zum formalen Begriff der Pflicht und Befugnis. Diese entspringen der unbedingten und unendlichen Autonomie der sittlichen Persönlichkeit, deren Grundlage die optimale Vereinbarung der eigenen Freiheit mit der Freiheit Dritter und mit der allgemeinen Norm, dem kategorischen Imperativ, darstellt.

Dieses in das Recht übertragene Menschenbild, von der formalen Freiheit und der in sich sittlichen Persönlichkeit kam den Erwartungen der herrschenden Gesellschaftsschicht, dem Bürgertum und seinen wirtschaftlich expansiven und extensiven

225) WIEACKER, "Privatrechtsgeschichte", S. 478 ff; RAISER, "Zukunft", S. 8

Bestrebungen entgegen. Die Wirtschaftsgesellschaft des 19. Jahrhunderts verstand aber die Freiheit nicht nur als sittliche, sondern in erster Linie profan, als wirtschaftliche Betätigungsfreiheit, frei von einer materiellen Ethik und frei von Staatszwang. Als einzige Inhaltschranke galt die Sauberkeit der Spielregeln des wirtschaftlichen Verkehrs (§§ 138 und 242 BGB). Konsequenterweise verzichtete daher das BGB als "spät geborenes Kind des klassischen Liberalismus" ²²⁶⁾ durch eigene Gebote in den Raum privater Beziehungen der Bürger untereinander einzudringen. Als oberstes Prinzip galt das freie Rechtssubjekt mit freiem Willen. Daher sollten sich die Beziehungen der einzelnen Rechtssubjekte nach freiem Spiel der Kräfte entfalten und von alleine zu einem gerechten Interessenausgleich führen. ²²⁷⁾

Bereits am Ende des 19. Jahrhunderts, während das BGB in Kraft trat, war deutlich zu erkennen, daß diese Vorstellungen der Realität nicht gerecht wurden. Das BGB als Kodifikation des herrschenden Bürgertums regelte die Rechtsbeziehungen zwischen freien und gleichen Bürgern, konnte jedoch keine Konfliktlösungen anbieten, wenn einer der Beteiligten tatsächlich nicht frei und gleich war. Das Privatrechtssystem des BGB konnte insbesondere die Fragen der neu entstandenen Klasse der Lohnabhängigen nicht lösen.

So hat sich neben die formale Freiheitsethik schon seit dem 1. Weltkrieg immer deutlicher auch der Gedanke der sozialen Einbettung des einzelnen und seiner daraus folgenden Verantwortlichkeit in den Vordergrund geschoben. ²²⁸⁾

226) WIEACKER, "Sozialmodell", S. 16

227) M. WOLF, "Entscheidungsfreiheit", S. 9

228) RAISER, "Zukunft" S. 9

Er bewirkte die Sozialpflichtigkeit des Eigentums in der Weimarer Verfassung und im Grundgesetz. Die Rechtsprechung löste sich vom Prinzip der formalen Freiheitsethik und wandte sich dem Prinzip der sozialen Verantwortung zu.

Deutlich wird dies bei der ausgeweiteten Anwendung der Generalklauseln, mit dem Ziel, materielle Gerechtigkeitsvorstellungen in die richterliche Entscheidung einfließen zu lassen. Auch die Ergänzung der Willenserklärungslehre durch das Prinzip des Vertrauensschutzes ist hierfür beispielhaft. Diese Entwicklung hat der Gesetzgeber insbesondere in den Bereichen des Rechts der Abzahlungsgeschäfte, des Miet- und Arbeitsrechts nachvollzogen. ²²⁹⁾

Auch das unserer Rechtsordnung zugrundeliegende Menschenbild hat sich geändert. Das Bonner Grundgesetz geht zwar von einer freien Persönlichkeit aus, nicht aber von einem isolierten, souveränen Individuum. Es hat die Spannung zwischen Individuum und Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei aber ihren Eigenwert anzutasten. ²³⁰⁾

Zweifelloos hat das Privatrecht infolge dieser, hier nur grob skizzierten, Entwicklung eine wesentliche Änderung sowohl inhaltlich, als auch methodisch vollzogen. Es besitzt einen anderen Geist, obwohl das äußere System beinahe unverändert

229) vgl. zu dieser Entwicklung: WIEACKER, "Privatrechtsgeschichte", S. 514 ff und "Sozialmodell" S. 18 ff

230) BVerfGE 4, S. 7 (15 f); MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, "Grundgesetz" Art. 1, Anm. 46; MANGOLDT-KLEIN, "Grundgesetz", Art 2 Anm. III, 3

blieb; es war flexibel genug, sich den veränderten Bedingungen anzupassen; ob dies optimal gelungen ist, soll dahingestellt bleiben. Der fast lautlose Vorgang zeigt die Eindämmung des frühliberalen Freiheitsethos zu Gunsten eines neuen, für unsere Gesellschaft als spezifisch anzusehenden Ethos, das der sozialen Verantwortung.

2. Dieser Wandlung unterlag selbstverständlich auch das bedeutendste Rechtsprinzip unseres Privatrechtssystems, die Vertragsfreiheit. Vertragsfreiheit bedeutet, jeder Bürger hat die Möglichkeit, sich mit einem anderen wechselseitig rechtlich zu binden. Diese Selbstbindung ist der Idee nach ein Akt der Freiheit. Ein aufgezwungener Vertrag widerspricht dieser Idee. Daher umfaßt die Vertragsfreiheit die Abschlußfreiheit, d.h. die Freiheit des einzelnen, sich zu entscheiden, ob er überhaupt und mit wem er einen Vertrag schließen will. Weiter gehört dazu die Freiheit der inhaltlichen Gestaltung des Vertrages durch übereinstimmende Erklärungen der Vertragsparteien. 231)

Das BGB selbst spricht die Vertragsfreiheit nicht aus, es setzt sie voraus, so sehr war sie im geistigen Hintergrund der damaligen Zeit verankert. Sie war die Ausprägung jener formalen Freiheitsethik und ein für notwendig erachtetes Instrument wirtschaftlicher Prosperität des Bürgertums.

Weil vorausgesetzt wurde, daß im Rechtsverkehr jeder für die Wahrung seiner Interessen selbst eintreten kann und muß, wird der Parteiwille zum obersten Richtpunkt der Vertragslehre. Das vertraglich Vereinbarte wird deshalb auch ohne inhaltliche Kontrolle durch Rechtszwang vor Vertragsverletzungen geschützt. Als beachtlich galten nur die sog. Willensmängel. Die Frage nach der hoheitlich zu überprüfenden materiellen Vertragsgerechtigkeit wurde nicht gestellt. Der Staat übte

231) hierzu sehr ausführlich: LARENZ, "Schuldrecht", I. Bd., § 4

strikte Neutralität gegenüber dem Vertragsinhalt, verteidigte aber streng das in Vertragsform Vereinbarte. Der Vertrag selbst wurde als regulierender Mechanismus für einen gerechten Interessenausgleich angesehen. 232)

Der erste, bewußt geführte ideologische Gegenstoß wider die so verstandene Vertragsfreiheit wurde nach 1933 im Rahmen der Diskussion um ein nationalsozialistisches Volksgesetzbuch geführt. 233) Der Vertrag wird nicht als Bindung zwischen zwei Individuen, sondern als ein Verhältnis unter Gemeinschaftsgliedern angesehen. Der Vertrag muß sich daher einfügen in den Gesamtbau des völkischen Rechts und ist ein Gestaltungsmittel der völkischen Ordnung anzusehen. "Die eigene Willensbestimmung der Vertragschließenden hört damit aber auf, der einzige für den Inhalt des Vertragsverhältnisses bestimmende Faktor zu sein. Sie ist nur der zweite Faktor neben der in erster Linie maßgebenden Bestimmung durch den Gemeinschaftswillen." "Der Vertrag bedeutet ... einer den Volksgenossen im Rahmen der Gesamtordnung eingeräumten ... Bestimmungsfreiheit, die niemals anders als im Einklang mit der völkischen Ordnung ausgeübt werden kann." 234)

Dies bedeutet die völlige Entwertung der Vertragsfreiheit und ihre weitgehende Unterwerfung unter das vom Staat gesetzte Recht. Der Vertrag wird zum letzten Glied der Hierarchie der Rechtsordnung. Solche Vorstellungen von der Vertragsfreiheit sind nützlich und notwendig für totalitäre Diktaturen.

Mit diesen nationalsozialistischen Vorstellungen, sowie den

232) RAISER JZ 58, S. 2 und "Vertragsfunktion", S. 102

233) insbesondere STOLL-FELGENTRÄGER a.a.O.; LARENZ DR 35, S. 488 ff und SIEBERT DR 44, S. 5 ff

234) alle Zitate aus LARENZ DR 35, S. 490 f

liberalen Positionen setzte sich WALTER SCHMIDT-RIMPLER 235) auseinander. Er stellt die Frage, inwieweit eine Gemeinschaftsordnung den Volksgenossen die Regelung ihrer Beziehungen selbständig überlassen kann. Er geht davon aus, daß die Gemeinschaftsordnung nur richtige Lösungen zulassen kann. Unter "richtig" versteht er die ethisch bestimmte Gerechtigkeit und die von der Gemeinschaft aus gesehene Zweckmäßigkeit. 236)

Der Vertrag soll der Erreichung einer richtigen Rechtsfolge dienen. Der Liberalismus habe jede Rechtsfolge gelten lassen, insofern sie nur gewollt und von einer Partei durchgesetzt war. Sinn eines Vertrages ist jedoch nicht Willensherrschaft. Der Vertrag ist vielmehr ein Mechanismus, um ohne hoheitliche Gestaltung im begrenzten Rahmen eine richtige Regelung herbeizuführen. 237) Die Richtigkeitsgewähr für die vereinbarte Rechtsfolge sieht SCHMIDT-RIMPLER im notwendigen Zusammenwirken zweier Parteien mit gegensätzlichen Interessen. 238) Als Grenze der Vertragsfreiheit erachtet er die Fälle, die keine Richtigkeitsgewähr garantieren. Als solche betrachtet er insbesondere die Überlegenheit einer Partei, mangelnde Interessensabwägung bei AGB, die zu geringe Berücksichtigung von Gemeinschaftsbelangen und die Ausschaltung der Funktionsvoraussetzungen des vertraglichen Ordnungsprinzips (z.B. bei Kartellen). 239) In solchen Fällen müsse die hoheitliche Gestaltung ansetzen, weil der Vertragsmechanismus alleine keine Richtigkeitsge-

235) WALTER SCHMIDT-RIMPLER AcP 147, S. 130 ff

236) SCHMIDT-RIMPLER AcP 147, S. 132

237) SCHMIDT-RIMPLER AcP 147, S. 156 f

238) nach 1945 stimmen diesen Thesen zu: REINHARDT a.a.O. S. 116; A. BLOMEYER AcP 154, S. 527 und auch LARENZ noch ausdrücklich in "Schuldrecht" I. Bd, 4 Aufl. 1960 § 5

239) SCHMIDT-RIMPLER AcP.147, S. 158

währ, sondern nur die Richtigkeitschance biete. 240)

In der jüngsten Zeit hat sich besonders M. WOLF 241) mit dem Problem der Vertragsfreiheit und der Vertragsgerechtigkeit beschäftigt. Er begreift die Vertragsfreiheit wieder im liberalen Sinne als Selbstbestimmung, flicht aber in seine Erwägungen den gerechten Interessenausgleich derart mit ein, daß die "Selbstbestimmung die Freiheit zur Vertragsgerechtigkeit gewährleisten muß".

Verfehlen die Parteien nach objektiven Maßstäben einen gerechten Interessenausgleich und sind nur die Interessen der Parteien und nicht die der Gesamtordnung betroffen, so kann dies hingenommen werden, wenn beide Parteien diese Regelung in freier Selbstbestimmung getroffen haben. War jedoch die Selbstbestimmung eines Vertragspartners beeinträchtigt, dann ist die Vereinbarung nicht zu respektieren. 242) Als immanente Schranke besitzt die Selbstbestimmung den Vorrang wichtiger Gemeinschaftsbelange; sie hat dort zurückzutreten, wo Gemeinschaftsinteressen zu berücksichtigen sind, deren Wahrnehmung nicht den Parteien überlassen werden kann. 243)

Von einer gänzlich anderen Seite beleuchtet eine vor allem in den romanischen Ländern beheimatete Vertragsdoktrin das Problem der Vertragsfreiheit. Sie geht davon aus, daß die Funktion des Vertrages zu untersuchen ist. In erster Linie hat dies nicht von ihrer rechtlichen Seite

240) REINHARDT a.a.O. S. 116

241) M. WOLF "Entscheidungsfreiheit"

242) Zusammenfassend erläutert M. WOLF "Entscheidungsfreiheit" S. 73 diesen Gedanken

243) M. WOLF "Entscheidungsfreiheit" S.85

her zu geschehen, sondern von ihrer wirtschaftlichen und sozialen. Ein Vertrag sei für Wirtschaft und Gesellschaft unentbehrlich, und deswegen erhalte er die rechtliche Anerkennung. Als inhaltliche Grenze gelte die Frage, ob der Vertrag wirtschaftlich und sozial sinnvoll sei. ²⁴⁴⁾

Auf die Vertragsfunktion stellt auch RAISER ²⁴⁵⁾ ab. Wie jedes Recht, so hat auch der Vertrag die Aufgabe, zwischenmenschliche Beziehungen rechtlich zu ordnen. Diese Ordnungsfunktion ist nur bezüglich solcher Gegenstände möglich, die der selbstverantwortlichen Bestimmung durch die Vertragsparteien zugänglich ist. Heute ist dieser Freiraum im wesentlichen auf den wirtschaftlichen Bereich im weitesten Sinne beschränkt. ²⁴⁶⁾ Für RAISER ist deshalb der Vertrag nicht eine Frage von übereinstimmenden Willenserklärungen; vielmehr zeichnet einen Vertrag das Erfordernis einer selbstgeschaffenen, nicht vorgegebenen oder auferlegten zwischenmenschlichen Ordnung aus. ²⁴⁷⁾

Der Vertrag kann nicht als isoliertes Geschäft der Parteien betrachtet werden, sondern er ist eingebettet in den volkswirtschaftlichen Zusammenhang. Der Raum der Vertragsfreiheit wird nicht allein durch die Sittenordnung, sondern in erster Linie durch die Wirtschaftsverfassung beschränkt. ²⁴⁸⁾

244) Für Italien vgl. insbesondere: BETTI, "Teoria generale del negozio giuridico"

245) RAISER, "Vertragsfunktion", S. 101 ff und JZ 58, S. 1 ff, sowie "Zukunft", S. 80 ff

246) RAISER, "Vertragsfunktion" S. 104

247) RAISER, "Vertragsfunktion" S. 123

248) RAISER, "Vertragsfunktion", S. 131

Der nur kursorische Überblick über die Diskussion zur Problematik der Vertragsfreiheit zeigt, daß es heute Gemeingut ist, nicht auf eine sich aus dem freien Spiel der Kräfte entwickelnde natürliche und gerechte Vertragsordnung zu vertrauen. Es wurde durch die soziale Entwicklung deutlich, daß die Vertragsfreiheit durch einseitige Machtlagen bedroht ist, und daß in solchen Fällen von einer Gestaltung in freier Selbstbestimmung nicht mehr gesprochen werden kann.²⁴⁹⁾ Zwar wird die Vertragsfreiheit allseits bejaht, es werden ihr aber Grenzen gesetzt. Zum einen wird die Frage nach der materiellen Vertragsgerechtigkeit und dem gerechten Interessenausgleich gestellt, zum anderen wird der Vertrag auch in seiner Wirkung auf die öffentlichen Interessen betrachtet. Der Vertrag hat eine wichtige Funktion als wirtschaftlicher Verteilungsmechanismus und hat sich daher in die Wirtschaftsordnung einzufügen. Es gibt keine strikte Neutralität mehr hinsichtlich des Vertragsinhalts und keine schneidige Verteidigung des Satzes: pacta sunt servanda. Der Vertrag, als eine rechtliche Sonderverbindung zwischen den Vertragsparteien, aber eingebettet in das rechtliche, wirtschaftliche und soziale Gefüge einer Gesellschaft, dient nicht mehr nur der freien Willensbetätigung von autonomen Persönlichkeiten, sondern auch der Funktion, menschliches Zusammenleben möglichst differenziert und interessengerecht zu ordnen.

II. GRENZEN DER VERTRAGSFREIHEIT

1. In der praktischen Rechtsanwendung hat sich diese Entwicklung als eine Schranke der Vertragsfreiheit niedergeschlagen

249) Eine ausführliche Darstellung dieser faktischen Beschränkung der Vertragsfreiheit findet sich bei
OFTINGER a.a.O. S. 327

Im einzelnen können die Schranken die zwei Komponenten der Vertragsfreiheit erfassen. So ist heute unter bestimmten Umständen die Abschlußfreiheit durch einen Zwang zum Vertragsabschluß (Kontrahierungszwang) und die Freiheit der inhaltlichen Vertragsgestaltung durch hoheitliche Eingriffe beschränkt. 250)

Insbesondere in Zeiten einer starken Verknappung von lebenswichtigen Gütern, oder im Falle, daß die Verteilung solch wichtiger Güter in einer Hand liegt, besteht ein völliges Ungleichgewicht zwischen dem, der diese Güter besitzt und dem, der sie braucht. Daher tauchte gerade während der Zeit um den 1. Weltkrieg herum das Problem eines Zwanges zum Vertragsabschluß zum ersten Mal auf. Heute besteht ein Kontrahierungszwang im wesentlichen in zwei Bereichen. Einmal bei den öffentlichen Versorgungsträgern und zum andern bei den Inhabern einer effektiven Monopolstellung.

Die Abhängigkeit eines jeden Bürgers von lebensnotwendigen Versorgungsleistungen wie Wasser, Strom, Gas u. ä. ist offensichtlich. Würde der Versorgungsträger willkürlich die Lieferung dieser Leistungen verweigern oder unannehmbare Bedingungen stellen, würde der Betroffene unerträglich stark gegenüber anderen benachteiligt sein. Die Lieferung dieser Güter ist nach heutigem Verständnis eine öffentliche Aufgabe. Daher ist für den Träger solcher Unternehmen häufig durch Gesetz oder Verordnung bereits eine Abschlußpflicht vorgeschrieben (z. B. § 453 HGB u. §§ 3, 6, 15 und 53 Eisenbahn VO für die Deutsche Bundes-

250) vgl. auch OPTINGER a.a.O. S. 320

bahn). 250 a) Es ist heute unstreitig, daß alle Betriebe der staatlichen Daseinsvorsorge einem Kontrahierungszwang unterliegen. Daher werden diese Probleme bereits mehr dem öffentlichen als dem bürgerlichen Recht zugeordnet. 251)

Aber auch in anderen, als den gerade angesprochenen Bereichen ist heute der Kontrahierungszwang anerkannt. Schon 1901 hat das RG 252) ausgesprochen, daß aus dem Verbot sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) mittelbar ein Kontrahierungszwang abgeleitet werden kann. Entscheidende theoretische Impulse für die Weiterentwicklung gab NIPPERDEY 1920. 253) Abschlußzwang besteht dann, wenn durch das Nichtkontrahieren in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Art und Weise dem Kontrahierungswilligen Schaden zugefügt werden würde. Die nachfolgende Rechtsentwicklung konkretisierte diesen Satz, daß die Verweigerung des Vertragsabschlusses zum Zweck unlauteren Wettbewerbs unter Ausnützen einer faktischen Monopolstellung unzulässig sei. Ein sittenwidriger Monopolmißbrauch liegt aber auch dann vor, wenn der Monopolinhaber zwar zum Vertragsabschluß bereit ist, aber zu sachlich unangemessenen Bedingungen oder zu solchen Bedingungen, die zu Lasten des Kunden von denen abweichen, die der Monopolinhaber mit Dritten vereinbart hat. 254)

Von praktischer Bedeutung ist heute insoweit das Kartellrecht. Verstößt die Ablehnung eines Vertragsabschlusses gegen die Schutzvorschriften des GWB, so ergibt sich aus §§ 35 GWB in

250a) vgl. auch: § 3 PostG für die Post; § 6 EnergiewirtschaftsG für die Energieversorgungsunternehmen; § 22 PersbG für Beförderungsunternehmen

251) vgl. dazu LARENZ, "Schuldrecht", I. Bd, § 4, I, a

252) in RGZ 48, S. 127

253) NIPPERDEY, "Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag" 1920

254) COING in Staudinger, Vorbem zu § 145, Anm. 5 und 9 W. FLUME, "Allg. Teil", II. Bd, § 33, 6; LARENZ, "Schuldrecht", I. Bd. § 4, I, b; ENNECCERUS-NIPPERDEY, "Schuldrecht" § 162, IV, 2

Verbindung mit 249 BGB eine Abschlußpflicht. Solche Schutzvorschriften sind insbesondere die §§ 25, 26 und 27 GWB. Sie schützen den Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr vor wirtschaftlich diskriminierenden Maßnahmen anderer. Besteht eine solche Diskriminierung in der Verweigerung eines Vertragsabschlusses, dann hat der Diskriminierende Schadensersatz (§ 35 GWB) in Form der Naturalrestitution (249 BGB) zu leisten, d.h. er unterliegt einem Kontrahierungszwang. ²⁵⁵⁾

Hat in den aufgezeigten Fällen der Vertragssuchende noch die Freiheit zu wählen, ob er einen Vertrag schließen will oder nicht, so gibt es einige wenige Fälle, in denen nicht einmal mehr diese Freiheit besteht. So verpflichtet § 1 des PflichtVersG jeden Halter eines Kraftfahrzeuges eine Haftpflichtversicherung abzuschließen. Während § 5 des Pflichtversicherungsgesetzes jedes Versicherungsunternehmen verpflichtet, einen Vertragsantrag anzunehmen. Ausnahmen für Sonderfälle hat das Gesetz allerdings vorgesehen (§ 5 Abs. 4 PflichtVersG). Darüberhinaus wird der Vertragsinhalt durch einheitliche allgemeine Geschäftsbedingungen, der sich alle Versicherungsunternehmer bedienen, (Allgemeine Bedingungen für die Kraftfahrtversicherung) für den einzelnen unabänderbar festgeschrieben. Die Vertragsfreiheit ist hier auf ein Minimum geschrumpft, nämlich auf die freie Wahl des Versicherungsunternehmers, dem sich der Halter eines Kraftfahrzeuges jeweils anschließen will.

Vom eigentlichen Kontrahierungszwang ist der diktierte Vertrag zu unterscheiden. In diesen Fällen wird der Vertrag nicht

255) hierzu ausführlich MÖHRING DB 74, S. 223. RAISER ZHR 111, S. 86 ff und M. WOLF, "Privatautonomie", § 3, II, a leiten den Kontrahierungszwang von einem privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ab.

durch die Willenserklärung des Bürgers begründet, sondern durch einen hoheitlichen Akt. Diese Maßnahmen werden meist im Rahmen von allgemeinen Notständen ergriffen (vgl. z. B. § 10 Arbeits sicherstellungsG). Ihre Problematik, auf die hier nicht näher einzugehen ist, siedelt sich in den Grenzzonen zwischen öffentlichem und privatem Recht an. 256)

2. Heute sind von größerer und wesentlicherer Bedeutung für die Grenzen der Vertragsfreiheit die hoheitlichen Eingriffe in die Gestaltungsfreiheit. Dies geschieht einmal durch die Gesetzgebung und zum anderen durch die Rechtsprechung. Schon seit Anbeginn kennt das BGB in kleinerem Umfang Normen, die der Gestaltungsfreiheit der Parteien entzogen sind. (z.B. die §§ 617 - 619 BGB) Sie waren bereits Ausdruck der Erkenntnis von der Schutzbedürftigkeit der Lohnabhängigen, auf deren Interessen das Bürgerliche Recht nicht zugeschnitten war. 257)

Solche Vorschriften fügte der Gesetzgeber insbesondere in der Zeit nach dem 2. Weltkrieg und verstärkt in der heutigen Zeit in das Zivilrecht ein, so daß auf bestimmten Teilgebieten des BGB die Gestaltungsfreiheit erheblich eingeengt ist. Der bedeutendste Bereich ist der des Arbeitsrechts. 258) Hier haben die BGB-Vorschriften nur noch subsidiäre Bedeutung. Sie werden überlagert von zwingenden gesetzlichen Vorschriften, etwa denen des Bundesurlaubsgesetzes, des Kündigungsschutzgesetzes, des Mutterschutzgesetzes, des Schwerbehindertengesetzes, der Arbeitszeitordnung und des in neuerer Zeit verkündeten Lohnfortzahlungsgesetzes. Diese Rechtsvorschriften dienen dem Schutz der Arbeitnehmer. Deren tatsächliche wirtschaftliche Unterlegenheit gegenüber dem Arbeitgeber garan-

256) Zum wechselseitigen Verhältnis und zur wachsenden gegenseitigen Überlagerung dieser beiden Rechtsgebiete vgl. RAISER, "Die Zukunft des Privatrechts"

257) vgl. zu §§ 617 - 619 BGB MUGDAN, II. Bd, S. 904 ff

258) Die Entwicklung "vom Arbeiterschutz zum Arbeitsrecht" ist nachgezeichnet von W. HERSCHEL a.a.O. S. 305 ff

tiert ihnen keinen gerechten Interessenausgleich. Daher sind die eben genannten gesetzlichen Vorschriften Mindestanforderungen, die im Arbeitsvertrag nur zu Gunsten der Arbeitnehmer abgeändert werden können.

Daneben ist bezüglich der inhaltlichen Vertragsgestaltung das Modell des individuellen Arbeitsvertrages seit der Tarifvertragsordnung von 1918 ersetzt worden durch die Vertragshoheit von Gruppen. So bestimmen die Tarifvertragsparteien durch den Abschluß von Tarifverträgen die Entwicklung unserer gesamten Volkswirtschaft. Einflußnahme hat das Individuum nur noch indirekt über seine Mitgliedschaftsrechte innerhalb seiner Gruppenzugehörigkeit.

Ein bedeutsamer staatlicher Eingriff in die vertragliche Gestaltungsfreiheit ist auch im Bereich des Mietrechts festzustellen. Die Vertragsgestaltung wird hier in zwei für die Parteien wichtigen Punkten strikt gesetzlich geregelt. Zum einen wird das Kündigungsrecht des Vermieters erheblich eingeschränkt (§§ 554 b, 556 a, 556 b, 556 c u. 564 b), zum anderen kann der Vermieter nur unter engen Voraussetzungen während des Mietverhältnisses eine Mieterhöhung durchsetzen (Art 3 des 2. Wohnraumbündelungsschutzgesetzes).

Der Grund für diese gesetzlichen Maßnahmen ist in der Mangellage des Wohnraummärktes, sowie in der existentiellen Abhängigkeit des Menschen von Wohnraum zu sehen. Die Vertragsfreiheit wird auch hier zu Gunsten des auf eine Leistung besonders Angewiesenen beschränkt.

Unter dem Stichwort "Verbraucherschutz" werden häufig Maßnahmen gegen unbillige Vertragsbedingungen gefordert, die meist als sog. "Kleingedrucktes" dem "unwissenden" Verbraucher oder Käufer bei Vertragschluß untergeschoben werden. Durch eine Neuregelung der ZPO dahingehend, daß Gerichtsstandsvereinbarungen nur noch unter Vollkaufleuten möglich sind und durch die Schaffung des Abzahlungsgesetzes hat der Gesetzgeber diesen Forderungen Pechnung getragen. Jedes Gesetz ist der deutlichste Beweis für den Sinneswandel des Bürgerlichen Rechts. Die ehemals als frei und autonom gedachte Persönlichkeit wird vom Gesetzgeber vor ihren eigenen Unzulänglichkeiten und Schwächen geschützt. Im Rahmen eines Ratenzahlungsgeschäfts muß der Verkäufer durch schriftliche Fixierung des Barpreises und des Gesamtratenpreises deutlich die Nachteile des Ratenkaufes darlegen. Darüberhinaus verbleibt dem Ratenkäufer eine Woche Zeit, um seinen Kaufwillen zu revidieren.

All dies zeigt die Tendenz der Gesetzgebung zur Einschränkung der vertraglichen Gestaltungsfreiheit zu Gunsten des schwächeren Vertragspartners. Als schwächer wird eine Vertragspartner eingeschätzt, wenn sich aus dem Sachverhalt typischerweise eine wirtschaftliche oder intellektuelle Unterlegenheit einer Vertragspartei ergibt.²⁵⁹⁾ Es handelt sich um eine verstärkte Einmischung des Staates zu Gunsten einer interessengerechten Vertragsgestaltung im Hinblick auf die Vertragsparteien. Dritte, die nicht Vertragsparteien sind, werden höchstens im Bereich des Kartellrechts²⁶⁰⁾ von der Gesetzgebung berücksichtigt, ansonsten bleibt es dabei,

259) M. WOLF "Entscheidungsfreiheit" S. 18

260) s. S.85

daß ein vertraglicher Interessenausgleich sich nur an den Interessen der Vertragsparteien zu orientieren hat.

Selbstverständlich ist auch die Rechtsprechung diesen Weg der Fortentwicklung gegangen, oft sogar als Wegbereiter für die Gesetzgebung. "Unter Führung des Reichsgerichts hat die Rechtsprechung, von der Öffentlichkeit kaum beachtet, im letzten halben Jahrhundert die formale Freiheitsethik, die der deutschen Privatrechtsordnung zugrundelag, in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung ... verwandelt." ²⁶¹⁾

Als Einfallstore für die Rechtsfortbildung zu Lasten der Vertragsfreiheit wurden im wesentlichen die Generalklauseln §§ 138 und 242 BGB benutzt. ²⁶²⁾

Der § 138 beurteilt alle Verträge als nichtig, die gegen die guten Sitten verstoßen. ²⁶³⁾ Das BGB hat diesen Begriff vom gemeinen Recht übernommen. Von dessen Grundsätzen ausgehend, hat der überwiegende Teil der Rechtslehre unter guten Sitten die Moral und Sittlichkeit verstanden. ²⁶⁴⁾

Entscheidend sollte dabei "die Anschauung aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen, gemessen an einem durchschnittlichen Maßstab" ²⁶⁵⁾ sein. Der klassische Fall des Sittlichkeitsverstoßes sind Verträge, welche die Unsittlichkeit fördern; z. B. alle auf den Betrieb eines Bordells ab-

261) WIEACKER, "Sozialmodell" S. 18

262) M. WOLF, "Privatautonomie" § 4, I, 2

263) Zu diesem Begriff und seiner Entwicklung in der Rspr vgl. insbesondere: K. SIMITIS, "Gute Sitten und ordre public". Zu beachten ist auch, daß dieser Begriff in §§ 826 BGB und 1 UWG verwendet wird

264) so z. B. v. THUR, "Allg. Teil, II. Bd, 2. Hälfte, S. 22

265) RGZ 80, S. 221 und 84, S. 211

zielenden Verträge. ²⁶⁶⁾ Auch alle Verträge, die mit dem Wesen von Familie und Ehe im Widerspruch stehen oder Verträge, die von materiellen Erwägungen beeinflusst sind, obwohl sich diese wegen des Vertragsgegenstandes aus dem Bereich der Sittlichkeit verbieten. So wurden als nichtig angesehen: Verträge, in denen eine Ehefrau gegenüber einem Dritten die Verpflichtung einging, sich scheiden zu lassen, oder das Verlöbniß eines bereits Verlobten, ebenso die geschlechtliche Hingabe gegen Entgelt. ²⁶⁷⁾

Bald wurde durch die Rechtsprechung der Begriff "Sittenwidrigkeit" mit Inhalten gefüllt, die mit Sittlichkeit und Moral nichts mehr zu tun hatten. Damit wurde ein tiefer Vorstoß gegen die vertragliche Gestaltungsfreiheit zu Gunsten anderer Kriterien als der Sittlichkeit möglich. Insbesondere in den Kriegs- und Notzeiten des 2. und 3. Jahrzehnts unseres Jahrhunderts begann das Reichsgericht, Rechtsgeschäfte nur deshalb als sittenwidrig zu erklären, weil sie als gemeinschaftswidrig empfunden wurden. So wurden Maklerverträge mit hohen Maklergebühren für die Vermittlung von Kriegsaufträ-

266) So die RSpr des RG; s. hierzu v. THUR, Allg. Teil, II. Bd 2. Hälfte S. 25. Heute sind bei der Beurteilung dieser Fragen aber Änderungen eingetreten. Bordellpachtverträge werden heute, sofern Vorschriften des StGB nicht entgegenstehen, nur noch unter Wuchergesichtspunkten (§ 138 Abs. 2 BGB) geprüft, aber nicht mehr allgemein als sittenwidrig i.S.v. § 138 Abs. 1 angesehen. - vgl. BGHZ 63, S. 365, OLG Hamm NJW 75, S. 653 - Dasselbe gilt für Kauf- oder Mietverträge mit Dirnen - vgl. BGH DNotZ 75, S. 93 und BGH NJW 70, S. 1179

267) vgl. COING in Staudinger, § 138 Anm. 18ww, 18zz, 19a, 19aa mit vielen RSpr-Hinweisen. Auch heute noch werden Verträge zwischen den Bordellbesuchern und den Prostituierten als sittenwidrig beurteilt. - vgl. LG Düsseldorf MDR 75, S. 661 -

gen als sittenwidrig angesehen, weil die Gefahr bestünde, daß das deutsche Reich dadurch geschädigt werde. 268)
Sittenwidrig waren auch Verträge, die Kriegsbedarf seinem Zweck entzogen. 269)

Zum Schutz und Erhalt der Vertragsfreiheit selbst wird die Gestaltungsfreiheit eingeschränkt, wenn jemand seine Machtstellung ausnutzen will, um sich in einem Machtgleichgewicht zwischen den Vertragspartnern. Besteht diese Voraussetzung nicht, ist die Gefahr des Mißbrauchs gegeben. Daher greift die Rechtsprechung, in noch stärkerem Maße als die geschilderte Gesetzgebung korrigierend ein, wenn kein interessengerechter Vertragsinhalt vereinbart wurde und dies auf eine Überlegenheit des begünstigten Vertragspartners zurückzuführen ist. 270) Sie versagt solchen Verträgen rechtliche Wirkung mit der Begründung, daß sie sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB seien. Typische Fallgestaltungen in diesem Bereich sind:

- das Ausnützen einer Macht - oder Monopolstellung, so z. B. im Falle einer existenzgefährdenden Standgelderhöhung für einen Süßwarenkiosk durch eine Stadtgemeinde. 271)
- Die Vereinbarung von sog. Knebelungsverträgen. Von solchen wird dann gesprochen, wenn der Vertrag den einen, schwächeren Vertragspartner in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nicht nur beschränkt, was rechtlich durchaus zulässig sein kann, sondern sogar lähmt - zumindest in wesentlichen Teil-

268) RGZ 93, S. 207 (208)

269) RGZ 100, S. 246 (249); vgl. auch SIMITIS a.a.O. S. 60 ff

270) Den Zusammenhang zwischen richterlicher Vertragskontrolle und dem Machtmißbrauch zeigt deutlich M. WOLF in "Entscheidungsfreiheit" auf

271) BGHZ 19, S. 94

len des Geschäftsbetriebes. 272)

- Bei den Wettbewerbsverboten kommt es darauf an, "ob sich das Verbot bei Würdigung aller Umstände im Rahmen des Angemessenen hält und durch ein schutzwürdiges Interesse des Berechtigten gefördert wird." 273)

Ein Wettbewerbsverbot, das einen Arzt hindert, sich an einem bestimmten Ort niederzulassen, wäre dagegen nur dann sittenwidrig, wenn dadurch die ärztliche Versorgung der Bevölkerung gefährdet wäre. 274) Die Begründung für die Sittenwidrigkeit liegt in diesem Fall nicht in der Tatsache, daß infolge einer ungleichen Machtverteilung die "Richtigkeitsgewähr" für die vertragliche Regelung nicht bestünde, sondern darin, daß ein solcher Vertrag u. U. Belange der Allgemeinheit, der Gemeinschaft tangieren kann.

Es sind solche Verträge, die unter Verletzung von Standespflichten geschlossen werden, sittenwidrig, wenn der Berufsstand rechtlich anerkannt ist und wichtige Gemeinschaftsaufgaben wahrnimmt. 275) Dasselbe gilt für Schweigegeldverträge, durch die einem Schuldner die Forderung erlassen wird, um zu verhindern, daß dieser strafbare Handlungen des Gläubigers anzeigt oder bekanntmacht. 276) Sittenwidrig sind auch Verträge, die darauf abzielen, den

272) z.B. die Fälle in BGHZ 19, S. 18 ff und OLG Hamm BB 70, S. 374

273) BGH NJW 68, S. 1717; vgl. auch OLG Hamm BB 71, S. 1077
Im Rahmen der Wettbewerbsverbote sind die §§ 74 Abs 2 und 74 a Abs 1 Ziff 3 HGB und ihre weite Auslegung auch auf die Arbeitnehmer, die nicht kaufmännische Angestellte sind - BAG NJW 71, S. 2245 - zu berücksichtigen

274) RGZ 66, S. 143; LG München NJW 70, S. 1974

275) RGZ 144, S. 245 und BGH NJW 72, S. 338; NJW 73, S. 315

276) RGZ 58, S. 205

Steueranspruch des Staates zu verkürzen; 277) ebenso ein Erlaßvertrag, um den Schuldner zu veranlassen, von seinem Zeugnisverweigerungsrecht hinsichtlich eines anderen Schuldners keinen Gebrauch zu machen. 278)

Der Praxisverkauf eines Arztes kann dann gemäß § 138. BGB nichtig sein, wenn der Vertragsinhalt die Gefahr begründet, daß der Erwerber die Praxis in einer den Interessen der Allgemeinheit widersprechenden Weise fortführt. 279) Anwendung findet nach der Rechtsprechung der Paragraph 138 auch auf den formal möglichen Fall der Wechselreiterei. 280)

Anhand der Wechselreiterei wurde aber schon an früherer Stelle 281) und in anderem Zusammenhang gezeigt, daß als Begründung für die Sittenwidrigkeit neben den öffentlichen Belangen auch solche privater Dritter eine Rolle spielen können.

Unter diesem Gesichtspunkt wird insbesondere das gesetzlich nicht vorgesehene, aber wegen wirtschaftlicher Bedürfnisse durch die Rechtsprechung entwickelte Rechtsinstitut der Sicherungsübertragung betrachtet. Sie wird von der Rechtsprechung dann als sittenwidrig gewertet, wenn der Gläubiger sich mit der Sicherung leichtfertig über die Belange etwaiger

277) BGH LM § 134 Nr. 57

278) RGZ 79, S. 373

279) BGHZ 43, S. 50; es ist jedoch anzumerken, daß der Verkauf einer Praxis ohne Wettbewerbsklausel heute i.d.R. zulässig ist, im Gegensatz zur früheren Rspr des RG - vgl. auch BGH NJW 74 S. 602

280) BGHZ 27, S. 176 und LM § 138 BGB (Ca) Nr. 3

281) s. S. 31

anderer Geschäftspartner des Schuldners hinweggesetzt. 282)
Das kann darin begründet sein, daß er aufgrund der Kenntnis von der Vermögenssituation des Schuldners mindestens mit der Möglichkeit einer Täuschung Dritter über die schuldenrische Kreditwürdigkeit rechnen muß. Der Gläubiger darf auch insoweit anderen Gläubigern keinen Schaden zufügen, als er durch eine Übersicherung seiner Forderung verhindert, daß diese sich am verbleibenden Restvermögen nicht mehr oder nur unzureichend befriedigen können. 283) Sittenwidrig sind auch Verträge, die in Verpflichtungen eingreifen, die der eine Vertragspartner gegenüber einer dritten Person hat. So z. B. im Falle eines Arbeitsvertrages mit einem früheren Angestellten eines Konkurrenten, der mit unlauteren Mitteln abgeworben wurde. 284) Ebenso das Versprechen eines Gesellschafters gegenüber einem Nichtgesellschafter, die Gesellschafterrechte nach dessen Weisung auszuführen, wenn im Gesellschaftsvertrag vereinbart ist, daß die Übertragung der Geschäftsanteile von der Zustimmung eines Gesellschaftsorgan abhängig ist. 285) Der gleiche Fall liegt vor, wenn ein Spediteur am Speditionsgut ein Pfandrecht ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse vereinbart. 286) Weitergehend ist die Rechtsprechung zu den Schmiergeldverträgen. 287) Die Sittenwidrigkeit wird bereits in der Gefahr gesehen, daß der Geschmierte aufgrund der Bestechung seine ihm gegenüber seinem Arbeitgeber obliegen-

282) BGHZ 20, S. 50

283) zum gesamten Komplex vgl.: RAG HRR 30, S. 1117; RGZ 143, S. 52; BGHZ 10, S. 228; 19, S. 17; BGH LM § 138 (Bb) Nr. 4 und 13; BGH WPM 71, S. 441 und OLG Frankfurt OLGZ 67, S. 60

284) RG WarnRspr 13, S. 322

285) RGZ 69, S. 137

286) BGHZ 17, S. 5

287) BGH NJW 62, S. 1099; 73, S. 363

den Pflichten nicht korrekt wahrnimmt.

Führt die Anwendung des § 138 BGB zur Versagung der rechtlichen Anerkennung einer Übereinkunft, so dient der § 242 zur Aufrechterhaltung des Vertrages unter veränderten Bedingungen. Besonders diese Norm gewährt der Rechtsprechung eine große Flexibilität, um das starre Gefüge einer Kodifikation den veränderten gesellschaftlichen und sozialen Verhältnissen anpassen zu können. Die Rechtsprechung hat von dieser Möglichkeit auch regen Gebrauch gemacht; und sie tut es auch heute noch.

Die Anwendung des § 242 BGB in der Rechtsprechung ist mannigfach. Im allgemeinen unterscheidet man verschiedene Funktionskreise. ²⁸⁸⁾ Rechte und Pflichten der Parteien können erweitert werden, neue, weder im Vertrag noch im Gesetz vorgesehene, können begründet werden. So hat die Rechtsprechung aus § 242 Fürsorge- und Obhutspflichten, Anzeige-, Aufklärungs-, Auskunft- und Rechenschaftspflichten sowie Mitwirkungs-, Schutz- und Unterlassungspflichten entwickelt.

Wenn der Unternehmer die Räume des Bestellers betreten muß, so hat dieser die im Dienstvertragsrecht des § 618 BGB enthaltenen Schutzrechte, auch wenn es sich um einen Werkvertrag handelt. ²⁸⁹⁾ U.U. kann die Pflicht bestehen, den Vertragspartner bei der Durchsetzung von Ansprüchen gegen Dritte zu

288) nach KNOPP in SOERGEL-SIEBERT, "BGB" § 242 Anm 34 ff

289) BGHZ 26, S. 365

unterstützen. ²⁹⁰⁾ Bereits der soziale Kontakt allein kann genügen, um bestimmte Schutzpflichten entstehen zu lassen. Auf dieser Basis wurde das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo ²⁹¹⁾ entwickelt. Darüberhinaus hat der Vertragspartner auch Schutzpflichten gegenüber solchen Personen, die weder in einem Vertragsanbahnungs- oder Vertragsverhältnis stehen, sondern nur in vorhersehbarer Weise mit der Vertragsleistung in Berührung kommen und denen der Gläubiger Schutz angedeihen lassen muß (z. B. Familienangehörigen). ²⁹²⁾ Hieraus hat sich das bereits erörterte Rechtsinstitut des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte entwickelt. ²⁹³⁾

Der zweite große Funktionskreis des § 242 BGB erstreckt sich auf die Kontrolle mißbräuchlicher Rechtsausübung und unzulässiger Ausnützung von Rechtslagen. § 242 wirkt hier rechtsbegrenzend. Zugrunde liegt der Gedanke einer "Einschränkung" formal unbegrenzter Normenwirkungen". ²⁹⁴⁾ Da in der Regel in einem Vertragsverhältnis die Normen nur unter den Parteien rechtliche Wirkungen erzeugen, ist die Normenbegrenzung durch § 242 nur im Verhältnis zwischen diesen Personen wirksam. Auf Dritte wirkt sich der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nur dann aus, wenn der Dritte seine Rechtsposition vom ehemaligen Vertragspartner, gegen den der Einwand bestand, ableitet (§ 404 BGB).

Die typischsten Fälle der Normbegrenzung sind: der Einwand

290) BGH LM § 9 PatG Nr. 17

291) RGZ 78, S. 239

292) BGHZ 49, S. 354 und NJW 59, S. 1676; 70, S. 40

293) vgl. S. 73

294) KNOPP in SOERGEL-SIEBERT, "BGB" § 242 Anm. 170

des Widerspruchs zu früherem Verhalten (*venire contra factum proprium*) und der Einwand des fehlenden Interesses. Unter letzterem Gesichtspunkt ist eine Rechtsausübung dann unzulässig, wenn sie nicht der Verwirklichung der vom Gesetz oder vom Vertrag geschützten Interessen dient, sondern wenn das Recht zweckwidrig verwendet werden soll. So kann z. B. die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts wegen geringfügiger Ansprüche unzulässig sein. 295)

Zur Normbegrenzung zählen auch die Einwendungen unzulässiger Geltendmachung der Verjährungseinrede und unzulässiger Berufung auf die Nichtigkeit eines Vertrages wegen eines Formmangels. Als besondere Ausprägung des Normenmißbrauchs hat sich der Gedanke der Verwirkung entwickelt.

Die Rechtsbegrenzung und Rechtsumwandlung wegen Unzumutbarkeit ist der letzte, aber nicht minder bedeutsame Funktionskreis des § 242 BGB. Der Gesichtspunkt der Zumutbarkeit wirkt über den § 242 in einem Vertrag als Begrenzung und/oder als Umwandlung von vertraglichen Pflichten. Eine Ausprägung findet sich in der Lehre vom Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage. Durch sie wird die Grundlage des Vertragsrechts, der Satz "*pacta sunt servanda*" in begrenzten Ausnahmefällen durchbrochen.

Die heute wohl umfangreichste und bedeutsamste gerichtliche Einflußnahme auf die inhaltliche Vertragsgestaltung erfolgt im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Sie sind eine Erscheinung des modernen Massenverkehrs. Sie dienen seiner Erleichterung, aber auch, um das unternehmerische Vertragsrisiko zu begrenzen. Diesen Vorteilen stehen Nachteile auf der Seite des Kunden gegenüber. Denn oft wird durch Freizeichnungsklauseln das Vertragsrisiko voll auf den Kunden abgewälzt. Wegen der unterschiedlichen Machtlage fehlt es

295) BGH WPM 66, S. 115 (117)

an der "Richtigkeitsgewähr" eines frei ausgehandelten Vertrages. 296)

In einer langen Entwicklung ist die Rechtsprechung dazu übergegangen, allgemeine Geschäftsbedingungen auf ein Mindestmaß an gerechtem Interessenausgleich zu überprüfen. Sie geht dabei äußerst flexibel vor und hat ein breitgefächertes Instrumentarium entwickelt. Es reicht von der Nichtigkeit einzelner Vertragsklauseln über deren Umdeutung auf dem Wege der Auslegung, bis hin zu ihrer restriktiven Auslegung.

Dieser Überblick über die Fülle der hoheitlichen Eingriffe in die Vertragsfreiheit, insbesondere durch die Rechtsprechung, zeigt, daß sich auch in der Praxis das Verständnis von der Funktion und Aufgabe der Vertragsfreiheit gewandelt hat.

3. Die eben aufgezeigten Eingriffe und Korrekturen der Vertragsfreiheit sind es wert, auf die Frage untersucht zu werden, zu wessen Vorteil oder in wessen Interesse sie vorgenommen werden.

Als bedeutsamstes Motiv für die Einschränkungen wurde die Tatsache genannt, daß in vielen Fällen die Richtigkeitsgewähr der Vertragsfreiheit, die zwei gleichstarke Vertragspartner voraussetzt, fehlt. Daher dienen sehr viele der genannten Beschränkungen dem Schutz des schwächeren Vertragspartners. Als Beispiel aus der Gesetzgebung sei nur das Arbeits- und Mietrecht genannt. Beispielhaft für die Rechtsprechung sind die Fälle der Knebelungsverträge und der analogen Anwendung des § 618 BGB im Werkvertragsrecht. Als bedeutsamste Korrek-

296) WOLF, "Entscheidungsfreiheit", der sich besonders mit diesem Problem beschäftigt

tur der Vertragsfreiheit im Interesse und zum Schutz einer Vertragspartei sei an die Rechtsprechung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen erinnert.

Daneben ist als Grund für eine Begrenzung der Privatautonomie häufig auch ein Verstoß gegen den ordre public zu finden. Exemplarisch sei die für sittenwidrig erklärte Wettbewerbsklausel angeführt, die einem Arzt die Niederlassung in einem bestimmten Gebiet untersagte oder aber auch die Nichtigkeit der Wechselreiterei. In diesen Entscheidungen kommt die Erkenntnis zum Ausdruck, daß selbst dann, wenn die Voraussetzungen für die Richtigkeitsgewähr bei Vertragsabschluß gegeben waren, Verträge nicht gegen grundlegende Prinzipien der Gemeinschaftsordnung verstoßen dürfen. Verträge werden damit in ihrer Funktion, das menschliche Zusammenleben - nicht nur das der Vertragsparteien - möglichst differenziert und interessengerecht zu ordnen, betrachtet und geprüft.

III. DRITTINTERESSEN ALS GRENZEN DER VERTRAGSFREIHEIT

Diese eben angesprochene Vertragsfunktion führt auch dazu, daß neben den Interessen des Vertragsparteien und neben dem ordre public auch individuelle Interessen von Dritten als Grenzen der Vertragsfreiheit heute in Betracht gezogen werden. Als klassisches Beispiel hierfür ist die Sicherungsübertragung zu nennen. Konnte v. THUR²⁹⁷⁾ im Jahre 1918 noch schreiben: "Durch Verleihung eines Rechts hat das Gesetz die Willensherrschaft und das Interesse des Berechtigten

297) v. THUR, "Allg. Teil" II. Bd, 2. Hälfte, S. 561

höher gewertet als die entgegenstehenden Interessen des Verpflichteten oder dritter Personen", so ging im Rahmen der Sicherungsübertragung eine Entwicklung "vom ungebundenen Individualgläubiger zum rücksichtsvollen Mitgläubiger" ²⁹⁸⁾ vonstatten. Der Sicherungsnehmer und Gläubiger kann nicht mehr rücksichtslos sich selbst aus der Deckungsmasse des Schuldners befriedigen, wenn dadurch andere Mitgläubiger in Gefahr geraten, Vermögensverluste zu erleiden. Er wird durch die Rechtsprechung gezwungen, bei seiner Vertragsgestaltung auch die Interessen von Personen zu berücksichtigen, die von dem Vertrag rechtlich nicht tangiert werden.

Dasselbe gilt für den ebenfalls bereits erörterten Fall der Überlassung einer Patientenkartei im Rahmen eines Praxisverkaufs an einen anderen Arzt. Die Rechtsprechung ²⁹⁹⁾ geht davon aus, daß eine Karteiüberlassung auch ohne vorheriges Befragen der Patienten zulässig ist, prüft aber bei ihrer Entscheidung, ob durch einen solchen Vertrag die Interessen der Patienten verletzt werden. Die Zulässigkeit wird mit dem offensichtlich positiven Interesse der Patienten am Karteiübergang begründet.

Genau wie oben werden auch in diesem Beispielsfall Drittinteressen als Kriterien einer Vertragsüberprüfung herangezogen. Sie werden damit neben den Interessen des Vertragspartners und dem ordre public zu inhaltlichen Schranken der Vertragsfreiheit. Es sind Grenzen, die die Parteien beim Vertragsabschluß und der Richter bei der Vertragsüberprüfung zu beachten haben.

298) vgl. den gleichnamigen Aufsatz von G. WÜST in Festschrift für Wilburg, S. 257 ff

299) aus neuerer Zeit: BGH NJW 73, S. 98; 74, S. 602 sowie OLG Düsseldorf NJW 73, S. 558

SECHSTER ABSCHNITT :

DIE BERECHTIGUNG DER DRITTINTERESSENBERÜCKSICHTIGUNG

I. ERGEBNISSE DER ABSCHNITTE 4 UND 5

Die Untersuchung in Abschnitt vier zeigt, daß schuldrechtliche Verträge über die rechtlichen Bindungen hinaus auch tatsächliche Auswirkungen auf Dritte haben können. Bedeutsam ist dabei, daß die Dritten weder bei Abschluß des Vertrages noch bei dessen Abwicklung oder aber auch in einem eventuellen Rechtsstreit keine Möglichkeit haben, ihre Interessen zu wahren. Dem Relativitätsgrundsatz im materiellen Recht entspricht nämlich im Prozeßrecht die Tatsache, daß in der Regel nur die Vertragsparteien am Rechtsstreit beteiligt sind. In einigen Ausnahmefällen (§§ 64 - 77 ZPO) können auch Dritte teilnehmen und der Partei beitreten, auf deren Seite ihre Interessen gewahrt werden. Diese besonderen Fälle beschränken sich aber auf Dritte, die nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich betroffen sind. ³⁰⁰⁾

Die Untersuchung zeigte weiter, daß der Gesetzgeber die Interessen Dritter nur in einigen speziellen Fällen schützte. Erinnert sei an die Anfechtung im Anfechtungsgesetz und in der KO. Es wurde auch deutlich, daß der Rechtsschutz über die allgemeine Delikthaftung ebenfalls nicht immer zur Drittinteressenwahrung geeignet ist. Darüberhinaus können Interessenkollisionen in vielen Fällen besser durch einen Interessenaus-

300) § 66 Abs 1 ZPO: "Wer ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreit die eine Partei obsiege, kann dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten"

gleich, als durch Schadensersatzleistungen gelöst werden.³⁰¹⁾ Als Ergebnis des Abschnitts 4 war daher festzuhalten, daß es Verträge gibt, die erhebliche tatsächliche Eingriffe in die Interessensphäre Dritter auslösen, ohne daß dem Betroffenen eine im Gesetz vorgesehene Abwehrmöglichkeit in die Hand gegeben ist.

Für die Rechtsprechung stellte sich daher die Frage, ob den ursprünglichen und gesetzlichen Leitlinien folgend, eine Drittinteressenberücksichtigung vorgenommen werden darf oder nicht. Sie hat sich für eine Drittinteressenberücksichtigung entschieden, ohne aber deren Zulässigkeit näher zu erörtern. (vgl. Abschnitt 5) Die Rechtsprechung ist offensichtlich der Auffassung, daß auch solche Interessen Dritter einen Schutz verdienen, die rechtlich nicht geschützt sind. Sie bezieht Drittinteressen als Maßstäbe einer richterlichen Vertragsüberprüfung mit ein. Besonders im Rahmen der Generalklauseln entwickelten sich die Drittinteressen neben dem ordre public und den Interessen der Vertragsparteien zu inhaltlichen Schranken der Vertragsfreiheit. Heute sind Drittinteressen selbstverständliche Kriterien, die bei Entscheidungen im Vertragsrecht verwendet werden.³⁰²⁾

II. STELLUNGNAHME DER LITERATUR

Ein Blick auf die Literatur zeigt aber, daß sich die Einbeziehung der Drittinteressen in die richterliche Vertragsüber-

301) s. S. 51ff.

302) z. B. BGH NJW 73, S. 363; 73, S. 846; 73, S. 895; 74, S. 602 und OLG Frankfurt NJW 73, S. 104 (105)

prüfung fast unbemerkt vollzog.

Der Schwerpunkt der Diskussion um einen Interessenausgleich im Vertragsrecht ist seit langem der Schutz des schwächeren Vertragspartners vor dem stärkeren und die Beachtung des ordre public durch die Vertragsparteien.

Insbesondere SCHMIDT-RIMPLER³⁰³⁾ sah die "Richtigkeitsgewähr von Verträgen" gefährdet wegen der Abhängigkeit einer Partei von der anderen oder wegen einer Unterlegenheit in der Wertungsfähigkeit, ebenso bei Massenverträgen, bei Ausschaltung des vertraglichen Ordnungsprinzips durch Kartelle und bei Verstößen gegen Gemeinschaftsbelange.³⁰⁴⁾ Aus neuerer Zeit ist M. WOLF³⁰⁵⁾ zu nennen. Er beschäftigt sich im wesentlichen mit dem Problem der mangelnden Selbstbestimmung einer Partei, also ihrer Unterlegenheit bei Vertragsabschluß und den daraus zu ziehenden Konsequenzen.

Andeutungsweise wurde das Problem der Berücksichtigung von Drittinteressen jedoch schon angeschnitten.

Bereits F. von HIPPEL³⁰⁶⁾ bezeichnete es als Mißverständnis des Gerechtigkeitsbegriffs, wenn der Umfang der Interessen, die im Konfliktfall jeweils zu berücksichtigen sind, nicht weit genug ausgedehnt wird. Er meint, der Laie bildet sich ein, daß es bei Konflikten mit seinen Nachbarn gerecht sei, nur die im Augenblick miteinander kollidierenden Interessen

303) in AcP 147, S. 157 Anm 34

304) vgl. hierzu auch OFTINGER a.a.O. S. 319 und K. GEILER, "Moderne Rechtswandlungen auf dem Gebiet des Privatrechts" S. 179 f.

305) "Entscheidungsfreiheit"

306) "Privatautonomie", S. 7

eben dieser beiden Personen auszugleichen. Bei gerechter Abwägung seien aber auch die Interessen der übrigen Rechtsgenossen mit zu berücksichtigen, und zwar nicht nur die gegenwärtigen, sondern auch die in Zukunft zu erwartenden. Wiederum ist auch SCHMIDT-RIMPLER zu nennen, ³⁰⁷⁾ der 18 Jahre nach dem o. a. Zitat daran festhält, daß der Mechanismus des Vertrages, wenn seine Voraussetzungen gegeben sind, in sehr vielen Fällen zum richtigen Ausgleich, zumindest im Verhältnis der Parteien zueinander, führt. Diese Gewähr ist seiner Ansicht nach aber sehr begrenzt. "Richtigkeitsgesichtspunkte, die nicht die Verhältnisse der Beteiligten betreffen, werden häufig nicht beachtet werden: wenn der Vorteil beiden Parteien für eine ungerechte Benachteiligung Dritter spricht, wenn es um die Gerechtigkeit nicht nur im Sinne des Ausgleichs zwischen den Parteien, sondern in anderen Beziehungen geht, wird sie sich häufig nicht durchsetzen, ... wegen der Grenzen der Richtigkeitsgewähr müssen so neben dem Vertragsinstitut hoheitliche Mittel gegeben sein, die bei Nichterreicherung des richtigen Zieles eingreifen:" ³⁰⁸⁾

REINHARDT untersucht nicht nur die Einwirkungen der hoheitlichen Mittel auf den Vertrag, sondern alle objektiven Gestaltungskräfte des Vertrages, die nicht vom Willen der Vertragsparteien getragen werden. ³⁰⁹⁾ Auch er stellt fest, daß Rechtsgeschäfte nicht nur auf die Absichten und Interessen der Vertragsparteien abgestellt und beschränkt sind, sondern auch durch Drittinteressen mitbestimmt werden können. "Wenn es im

307) "Zum Problem der Geschäftsgrundlage" S. 6 und 7

308) SCHMIDT-RIMPLER "Geschäftsgrundlage" S. 7

309) R. REINHARDT a.a.O. S. 117 ff

Privatrecht um einen gerechten Interessenausgleich geht und das Rechtsgeschäft als ein wirksames Mittel eines solchen Interessenausgleichs dienen soll, dann müssen die Rechtsordnung und die in ihr sanktionierte Lösung der Interessenkonflikte auch von dem Vorhandensein schutzwürdiger Interessen Dritter Notiz nehmen. ³¹⁰⁾

Auch LÜDERITZ ³¹¹⁾ weist in seinem Kapitel über Vertrauensschutz darauf hin, daß neben den Interessen der Vertragspartner Dritinteressen von Gewicht sein können.

III. DRITTINTERESSEN ALS ZULÄSSIGE KRITERIEN DER RECHTSFINDUNG

Diese Tendenz entspricht dem gewandelten Verständnis von einer sozialgebundenen Vertragsfreiheit. Wie sich das dem BGB zugrundeliegende Menschenbild änderte, so mußte sich auch die Einschätzung der Privatautonomie, deren wichtigste Säule die Vertragsfreiheit ist, ändern. Auch die heutige Rechtsordnung stellt zu Recht das Individuum, den Menschen mit der ihm angeborenen Würde an die erste Stelle ihrer Wertskala. Es hat sich aber auch die Erkenntnis durchgesetzt, daß der einzelne nicht rücksichtslos, ohne Beachtung der Interessen anderer, die eigenen Vorstellungen verwirklichen darf, auch wenn er hierzu in der Lage wäre. ³¹²⁾

So verhält es sich auch mit der Vertragsfreiheit. Auch heute noch ist ihre wertvollste Aufgabe, der vom Recht unterstützten Willensverwirklichung des einzelnen zu dienen. Der einzelne

310) R. REINHARDT a.a.O. S. 120

311) a.a.O. S. 307

312) vgl. S. 101

hat aber in seinem Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und sozialer Einflechtung in die Gemeinschaft auch die Pflicht, die Grundregeln der Gemeinschaft und die Belange Dritter zu berücksichtigen.³¹³⁾ Die Freiheit des einzelnen endet deshalb dort, wo schützenswerte Interessen der Allgemeinheit und anderer Personen beginnen. Das können Interessen der Vertragspartner oder auch die Dritter sein.³¹⁴⁾ An diesem Prinzip vermag auch die nur relative Rechtswirkung von schuldrechtlichen Verträgen nichts zu ändern.

Durch die Willensverwirklichung des einzelnen kommen Personen miteinander in Kontakt, die damit ihre Beziehungen zueinander in bestimmten, gegenständlichen Punkten zeitlich begrenzt regeln. Die Vertragsfreiheit hat damit auch die Funktion, zwischenmenschliche Beziehungen rechtlich zu ordnen. Die Verträge stellen ein sich ständig wandelndes Netz sozialer Beziehungen dar. Das Relativitätsprinzip lenkt dagegen den Blick nur auf einen Knotenpunkt dieses Netzes, während tatsächlich eine Interdependenz zwischen den einzelnen Netzpunkten besteht. Daher kann die im Schuldverhältnis angelegte Isolation auf die Vertragsparteien heute nicht mehr überall befriedigen. Verträge sind auch im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf Dritte zu untersuchen.³¹⁵⁾ Ihre Interessen können zu Recht Kriterien richterlicher Vertragsüberprüfung sein.

313) Daher ist in Art 2 Abs 1 GG auch die freie Entfaltung der Persönlichkeit durch die Rechte anderer und die verfassungsmäßige Ordnung sowie das Sittengesetz begrenzt

314) Diese Schrankentrias der Vertragsfreiheit hat auch M. WOLF in "Privatautonomie" S. 36 angedeutet.

315) vgl. auch MEDICUS in JuS 74, S. 622

D R I T T E R T E I L

DRITTINTERESSEN - NOTWENDIGE KRITERIEN BEI ENTSCHEIDUNGEN ÜBER VERTRAGLICHE FRAGEN

Nachdem im letzten Abschnitt untersucht wurde, ob es sich mit der Konzeption unseres Vertragsrechts vereinbaren läßt, daß Drittinteressen bei der Entscheidung über vertragliche Fragen berücksichtigt werden, ist im folgenden die Frage zu erörtern, wann und unter welchen Umständen und Bedingungen, Drittinteressen berücksichtigt werden dürfen und müssen. Die Rechtsprechung verwendete das Rechtsfindungskriterium "Drittinteressen" scheinbar wahllos. Es stellt sich deshalb die Frage, ob sich eine Ordnung aufstellen läßt, die Auskunft darüber gibt, wann der Richter in seiner Entscheidung über einen Vertrag die Interessen Dritter einzubeziehen hat. Es ist dabei zu prüfen, welchen Einfluß die Vertragsfreiheit und das Relativitätsprinzip auf die Wertung der Drittinteressen hat. Aus den gesetzlichen Regeln und der Rechtsprechung, bei denen Interessen Dritter eine Rolle spielen, sollen dann die leitenden Grundgedanken eruiert werden, um von den situationsbedingten Einzelfällen allgemeine Grundsätze für eine Drittinteressenberücksichtigung abzuleiten.

S I E B T E R A B S C H N I T T :

VORAUSSETZUNGEN FÜR EINE DRITTINTERESSENBERÜCKSICHTIGUNG

I. WERTUNG DER INTERESSEN DER VERTRAGSPARTEIEN

1. Die Interessen der Dritten können im Einzelfall nur im Verhältnis zu den Interessen der Vertragsparteien gemessen

werden. Deren Interessen werden nach dem bereits in Abschnitt 2 ³¹⁶⁾ aufgezeigten System berücksichtigt. Nach der Feststellung der beteiligten Interessen werden sie auf ihre Schutzwürdigkeit hin überprüft und die so verbleibenden werden einer Bewertung unterzogen. Als Bewertungsprinzipien sind die objektive Wertordnung, der konkrete Sachverhalt, das menschliche Verhalten und der ordre public heranzuziehen. Es schließt sich dann die Abwägung der bewerteten Interessen an, die im wesentlichen auf dem Gleichheitssatz beruht.

Würden nun auch sofort alle aufgespürten Interessen Dritter nach dieser Methode in die richterliche Entscheidung mit einbezogen werden, so müßten die Vertragsparteien in jedem Fall Rücksicht nehmen auf Dritte, deren Interessen durch den Vertrag beeinträchtigt werden. Das kann, trotz der im zweiten Teil festgestellten Möglichkeit der Drittinteressenberücksichtigung, nicht für jeden Vertrag gelten. Häufig ist es sogar, insbesondere im Wirtschaftsleben, der Sinn und Zweck eines Vertrages, die Interessen eines Dritten zu verletzen. Erinnert sei hier an den wirtschaftlichen Wettbewerb, der unmöglich würde, wenn ein Geschäftsmann in jedem Vertrag die Interessen seines Konkurrenten berücksichtigen müßte. Wettbewerb muß auch dann möglich sein, wenn nach der oben aufgezeigten Methode die Interessen der Dritten mit denen der Vertragsparteien gleichwertig sind. Im Wettbewerbsrecht gilt sogar grundsätzlich, daß eine Schädigung eines anderen, die durch erlaubten Wettbewerb entsteht, nicht beanstandet werden kann. Das Zivilrecht geht, wie bereits dargelegt, davon aus, daß jeder selbst seine Interessen wahrt, und sie mit

316) Vgl. die Zusammenfassung auf S.56

den zur Verfügung stehenden rechtlichen Mitteln zu sichern sucht. Es wird im Grundsatz keine freiwillige Rücksichtnahme erwartet. 317)

Auch ein anderes Beispiel zeigt, daß Drittinteressen nicht in allen Fällen zu berücksichtigen sind. Ein Kaufinteressent für ein einmalig vorhandenes antiquarisches Möbelstück kann ohne Rücksicht darauf, daß auch ein Dritter sich um den Gegenstand bemüht, einen Kaufvertrag abschließen und Eigentümer werden. Der Kaufvertrag verletzt offensichtlich in eklatanter Weise die Interessen des Dritten, dessen Interessen in keiner Weise minder bewertet werden können als die des Erwerbers.

2. Das bedeutet, daß selbst das Vorhandensein von gleichwertigen Drittinteressen noch nicht deren Berücksichtigung verlangt. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit schützt a priori die Vertragsparteien vor der Drittinteressenberücksichtigung. Die Interessen der Vertragspartner erhalten durch die Vertragsfreiheit einen Wertungsvorsprung vor den Drittinteressen. Deren Beachtung ist erst möglich, wenn dieser Wertungsvorsprung durch besondere Umstände, die im Bereich der Vertragsparteien oder des Dritten liegen können, ausgeglichen wird. Die Vertragsfreiheit verschafft den Interessen der Vertragspartner ein Wertungsplus, das bei einer Vertragsüberprüfung schon die Erörterung selbst von schutzwürdigen Interessen Dritter ausscheiden läßt. Dies gilt auch dann, wie das Beispiel vom Kauf des antiquarischen Möbelstückes zeigt, wenn die beteiligten Interessen ohne das Wertungsplus für die vertraglichen Interessen gleichwertig sind.

317) s. RGZ 55, S. 368 (373) und R. KRASSER, "Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter", S. 273

II. WERTUNG DER DRITTINTERESSEN

Es gilt nun die besonderen Umstände aufzufinden, die den Drittinteressen helfen, den Wertungsvorsprung der Vertragsinteressen zu überwinden, um dadurch eine Berücksichtigung zu finden. Dabei soll zuerst geprüft werden, wo im Gesetz Fälle von Drittinteressenberücksichtigung auftreten. Es wird sich dann eine Untersuchung der in Rechtsprechung und Literatur behandelten Fälle anschließen. Im Anschluß daran soll der Versuch unternommen werden, allgemein umschriebene und für andere Fälle verwertbare Tatbestände aufzuspüren, die den Richter verpflichten, die Interessen Dritter zu berücksichtigen.

1. Starke Eingriffsmöglichkeiten in einen Vertrag haben Dritte gemäß § 29 - 42 KO sowie durch die Vorschriften des Anfechtungsgesetzes. Sie gewähren Gläubigern des einen Vertragspartners die Möglichkeit, seine vorgenommenen Rechtshandlungen als unwirksam ansehen zu können. Es gibt dabei drei große Tatbestandsgruppen, nämlich die eigentliche Konkursanfechtung (§ 30 KO), die Absichtsanfechtung (§ 31 KO; § 2, Ziff. 1, 2 AnfG) und die Schenkungsanfechtung (§ 32 KO; § 2 Ziff 3, 4 AnfG).

Aus der Analyse der gesetzlichen Interessenbewertung der drei Unterfälle der Konkursanfechtung ist folgendes zu entnehmen: Wenn die Konkurseröffnung ersichtlich kurz bevorsteht, dann obliegt dem Schuldner die Pflicht, alles zu unternehmen, um eine Benachteiligung der Gläubiger durch eine Verringerung der Haftungsmasse zu vermeiden. Er darf dabei weder allgemeine Geschäfte tätigen, welche die Gläubiger benachteiligen, noch darf er durch einen Vertrag einen Gläubiger bevorzugen. Verträge, die diese Pflicht des Schuldners verletzen, unterliegen

aber nur dann der Anfechtung, wenn der Vertragspartner Kenntnis von der Pflichtverletzung hat. Das bedeutet, daß der Gesetzgeber die Interessenwahrung für die Gläubiger dem Schuldner auferlegt hat. Sein Vertragspartner besitzt auch, trotz einer Verletzung dieser Pflicht, ein Wertungsplus seiner Interessen, wenn er die Pflichtverletzung nicht kennt. Das ist offensichtlich ein Ausdruck der Rechts- und Verkehrssicherheit.

Die Absichtsanfechtung (§ 31 KO; § 2 Ziff 1,2 AnfG) enthält im Grundsatz die gleiche gesetzliche Interessenwertung. Auch hier kommt zum Ausdruck, daß der Schuldner Pflichten gegenüber seinem Gläubiger hat. Er darf innerhalb eines Jahres vor der Konkurseröffnung keine Geschäfte in der Absicht tätigen, einen oder mehrere oder alle Gläubiger zu benachteiligen. Der Schutz der Vertragspartner des Schuldners ist ebenfalls im Falle der Nichtkenntnis der Benachteiligungsabsicht gewährleistet. Die zeitliche Vorverlagerung des Drittinteressenschutzes wird hier durch ein starkes subjektives Element korrigiert. Die zweite Variante der Absichtsanfechtung, nämlich die entgeltlichen Verträge mit Verwandten, hat im wesentlichen nur prozessuale Bedeutung, weil dem Vertragspartner und zugleich Verwandten die Beweislast auferlegt wird, seine Unkenntnis von der Benachteiligungsabsicht des Schuldners zu beweisen. Der Gesetzgeber vertritt die Ansicht, daß, falls eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners vorlag, diese in der Regel Verwandten bekannt ist.

Infolge eines etwas veränderten Sachverhalts zeigt auch die Schenkungsanfechtung (§ 32 KO; § 2 Ziff 3, 4 AnfG) eine leicht veränderte Interessenbewertung. Es wird jedoch auch hier am Grundsatz festgehalten, daß der Schuldner im Verhältnis zu

seinen Gläubigern Obhutspflichten für die Haftungsmasse hat. Es entfällt jedoch jeglicher Interessenschutz für den Vertragspartner, dem Gegenstände unentgeltlich vom Schuldner zugewendet wurden. Daß bei der Ehegattenschenkung der Drittinteressenschutz auf zwei Jahre vor Konkurseröffnung vorverlegt wird, beruht auf der gesetzlichen Fiktion, daß solche Schenkungen meist in Benachteiligungsabsicht vorgenommen werden.

Eine fast gleiche Interessenwertung, wie in den o. g. Anfechtungsvorschriften findet sich in § 419 BGB wieder. Hier wird aufgrund eines Vertrages zu Gunsten von Dritten für den einen Vertragspartner neben den sonstigen üblichen Vertragspflichten von Gesetzes wegen eine Schuldmitübernahme angeordnet.

Anzumerken ist auch, daß die Rechtsprechung schon sehr früh mit einer Ausweitung des Gläubigerschutzes im Rahmen des § 419 begann. So stellte sie hinsichtlich des maßgebenden Zeitpunktes bei der Vermögensübernahme auf das Verfügungsgeschäft und nicht den schuldrechtlichen Vertrag ab.³¹⁸⁾ Die entscheidende Ausweitung geschah jedoch dadurch, daß das Erfordernis, es müsse ein Inbegriff von Vermögensgegenständen übertragen werden, fallengelassen wurde. Es werden auch Einzelstücke als Vermögen angesehen, wenn sie im wesentlichen das Vermögen des Schuldners ausmachen.³¹⁹⁾

Dieser extensiven Auslegung des § 419 wurde ein subjektives Korrektiv beigegeben. Der Vermögensübernehmer haftet nur dann,

318) so zum ersten Mal RGZ 130, S. 34 (37), aber auch BGH NJW 56, S. 792 (794)

319) RGZ 134, S. 125; 160, S. 14; BGHZ 33, S. 125; vgl. auch die vielen Rspr-Hinweise bei SCHRICKER JZ 70, S. 265 (267)

wenn er weiß, daß er das gesamte Vermögen übernimmt, weil sich der Vertrag ausdrücklich auf das gesamte Vermögen bezieht oder weil er die Umstände kennt, aus denen sich ergibt, daß auch das übertragene Einzelstück nahezu das gesamte Vermögen ausmacht. ³²⁰⁾

Diese Entwicklung ändert jedoch nichts an der gesetzlichen Wertung, daß ein Schuldner seinen Gläubigern nicht die gesamte Haftungsmasse entziehen kann, die die Grundlage des ihm eingeräumten Kredits gebildet hat. Es werden dem Schuldner auch insoweit Rücksichtspflichten gegenüber seinen Gläubigern auferlegt. Der infolge der erheblichen Belastung des Vertragspartners notwendig werdende Verkehrsschutz wird wiederum im subjektiven Element der Kenntnis berücksichtigt.

Im Rahmen des Erbvertrages ist eine auf einer ähnlichen Gesetzeswertung beruhende Vorschrift zu nennen, § 2287 BGB. Ein Dritter kann nach dieser Vorschrift unter bestimmten Voraussetzungen die Herausgabe eines verfügbaren Gegenstandes von der Erwerberpartei verlangen. Der § 2287 BGB entspricht hinsichtlich der Grundlinien der gesetzlichen Interessenberücksichtigung der Schenkungsanfechtung. Hier beruht die Verpflichtung des Erblassers zur Interessenwahrung gegenüber dem Dritten auf dem Erbvertrag, der ihn zwar nicht am freien Verfügungsrecht unter Lebenden hindert, jedoch Schutz für den Erbvertragspartner gegen solche Verfügungen bieten soll, die mit Sicherheit wegen der Unentgeltlichkeit die

320) Auf die sich daraus ergebende hohe Risikoverteilung zu Lasten des Übernehmers, insbesondere weil die Rspr nicht das von ihm bezahlte Entgelt in ihre Betrachtung einbezieht, muß hier nicht eingegangen werden; vgl. dazu aber die treffenden Ausführungen von SCHRICKER in JZ 70, S. 265 (271)

Erberwartung des Vertragserben schmälern.

Den Verkehrsschutz für den beschenkten Vertragspartner hat der Gesetzgeber, wie bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften zu erwarten, gering gehalten. Als einziger Schutz kommt im Rahmen der Verweisung auf das Bereicherungsrecht die Einrede des § 818 Abs 3 BGB in Betracht. Die Kenntnis des Beschenkten kann über § 819 BGB Einfluß auf die Einrede des Wegfalls der Bereicherung (§ 818 Abs 3) nehmen, spielt im Tatbestand des § 2287 selbst aber keine Rolle.

Zu Beginn der Untersuchung von gesetzlichen Normen auf Drittinteressenberücksichtigung wurde ein Teilaspekt des Konkursrechts, die Konkursanfechtung durchleuchtet. Interessant ist auch eine Betrachtung des gesamten Systems der Zwangsvollstreckung. Die übliche Vollstreckung einer Forderung oder eines sonstigen Anspruchs ist die sog. Einzelvollstreckung. Hier betreibt jeder einzelne Gläubiger für sich allein die Vollstreckung. Soweit mehrere Gläubiger vollstrecken, gilt das Prioritätsprinzip.³²¹⁾ Der schnellste Gläubiger kann ohne Rücksicht auf die anderen sich voll aus dem Vermögen des Schuldners befriedigen, auch wenn für die anderen nichts mehr übrigbleiben sollte.

Anders dagegen das Konkursverfahren. Es kann eingeleitet werden vom Schuldner selbst oder von jedem Gläubiger. Voraussetzung ist die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, wenn also deutlich wurde, daß das Prioritätsprinzip unweigerlich bei den Gläubigern zu einem "bellum omnium contra omnes" führen würde. Daher faßt die Konkursordnung alle Gläubiger als Gemeinschaft zusammen. Sie sollen das gemeinsame

321) vgl. § 804 Abs 3 ZPO

Schicksal, einen zahlungsunfähigen Schuldner zu besitzen, gemeinsam tragen. Das, was noch an Haftungsmasse vorhanden ist, wird gleichmäßig unter ihnen aufgeteilt. Der einzelne Gläubiger kann nicht mehr, auch wenn es der Schuldner wollte, seinen Anspruch in größerem Umfang durchsetzen als andere Gläubiger auch. Deshalb trägt das Konkursverfahren weitgehend die Züge einer alle Gläubiger umfassenden Gemeinschaft mit Selbstverwaltungsakzenten.³²²⁾ Den Interessen des einzelnen werden zu Gunsten aller Gläubiger Einhalt geboten.

Wenn von Interessenschutz gesprochen wird, fallen rasch die Begriffe "unlauterer Wettbewerb" und "Wettbewerbsbeschränkungen".

Das UWG beschäftigt sich in der Tat mit Interessenschutz. Die typischen Anwendungsfälle sind aber nicht Interessenverletzungen Dritter durch Verträge, sondern durch faktisches Handeln, wie z. B. durch Werbung. Daneben ist es aber auch möglich, wettbewerbswidrig durch den Abschluß von Verträgen zu handeln, wobei die Wettbewerbswidrigkeit in der Art und Weise des Vertragsschlusses zu suchen ist (z. B. durch das Übertölpeln unerfahrener Käufer). Nach § 1 i.V.m. § 13 UWG kann in solchen Fällen der Unternehmer von seinen Mitbewerbern am Markt, aber auch von Wirtschafts- und Verbraucherverbänden auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Damit zeigt sich, daß der Interessenschutz in diesem Bereich zwar auch - neben den öffentlichen Interessen an einem lauterem Wettbewerb - den Einzelinteressen dient.³²³⁾ Der die Interessenverletzung mittelbar bewirkende Vertrag bleibt aber unangetastet. Die Verträge werden

322) MOHRBUTTER, "Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrecht" S. 8

323) zum Schutzzweck des UWG: BAUMBACH-HEFERMEHL, "Wettbewerbsrecht" Einl. RdNr 37,45

nicht mit dem Schutz der Mitbewerber belastet. Für die hier zu untersuchende Frage kann daher das Wettbewerbsrecht keine Lösungshilfen geben.

Das bereits genannte Kartellrecht greift dagegen gemäß § 1 GWB in Verträge ein. Streitig ist in der Literatur ³²⁴⁾, welcher Schutzgegenstand dem GWB, speziell aber dem § 1 GWB zugrundeliegt. Unstreitig ist, daß das GWB zumindest auch die Funktion eines wirtschaftlichen Ordnungsgesetzes hat. Es hat die Institution Marktwirtschaft, für die ein funktionierender Wettbewerb wesensnotwendig ist, zu schützen und zu erhalten. Der Streit beginnt dort, wo es um die Frage geht, ob das Gesetz daneben auch dem Individualschutz der durch ein Kartell betroffenen Dritten dient. ³²⁵⁾ Diese Frage muß hier nicht entschieden werden; aber es bleibt festzuhalten, daß Kartellverträge auf Dritte mittelbare rechtliche Reflexwirkungen ³²⁶⁾ auslösen können. Bedeutsam ist, daß ein Gleichlauf der individuellen Drittinteressen mit dem Schutz eines geordneten Wettbewerbs festgestellt werden kann.

Eine bedeutsame Rolle im Rahmen von Interessenberücksichtigung scheinen die Paragraphen 932 - 936 BGB, sowie alle Gutglaubensvorschriften zu spielen. In Abschnitt 4 ³²⁷⁾ wurde bereits dargelegt, daß Verfügungsgeschäfte durch die o. g. Vorschriften unmittelbare Rechtsverluste bei Dritten herbeiführen können. Eine Analyse zeigt aber, daß diese Fälle eine

324) vgl. zu diesem Streit die Ausführungen bei MÜLLER-GIESSLER, "GWB" § 1 RdNr. 53 ff

325) Diese Frage bejaht insbesondere LUKES a.a.O. S. 184 mit weiteren Lit.-Hinweisen

326) vgl. Abschnitt 4

327) s. S. 81f.

Ausnahme von dem Grundsatz bilden, daß niemand mehr an Rechten einem anderen übertragen kann, als er selbst besitzt. Die Vorschriften dienen nicht der Berücksichtigung der Interessen Dritter, sondern dem Vertrauensschutz, der Verkehrssicherheit und damit den Interessen des jeweiligen Vertragspartners. Dasselbe gilt für alle anderen Gutgläubensvorschriften. Sie bilden Ausnahmen von den sonst geforderten Voraussetzungen für die erstrebten Rechtsfolgen. Sie dienen dadurch dem Schutz derer, die aufgrund äußeren Anscheins glaubten, sich darauf verlassen zu können, daß die angestrebte Rechtsfolge eintreten wird. Dieser so geschützte Personenkreis ist aber nicht Dritter im hier verstandenen Sinn, sondern wenn es sich um Rechtsfolgen aufgrund von Rechtsgeschäften handelt, Rechtsgeschäftspartner.

Dieser Blick auf gesetzliche Normen, die eine Drittinteressenberücksichtigung vorsehen, zeigt, daß der Gesetzgeber, insbesondere der des BGB, eine solche nur in seltenen Fällen vornimmt. Er beschränkt sich im wesentlichen auf den Drittgläubigerschutz und auf Fälle des Gleichlaufs der Drittinteressen mit dem *ordre public*. Nach der in Abschnitt 5 geschilderten Entstehungsgeschichte des BGB konnte etwas anderes auch nicht erwartet werden. Interessant ist es nun, die Rechtsprechung und die Literatur, die Träger einer notwendigen Weiterentwicklung und Anpassung des Rechts, auf Fälle der Drittinteressenberücksichtigung zu untersuchen.

2. Schon sehr früh, nämlich im Jahre 1914 hatte das Reichsgericht ³²⁸⁾ einen Fall zu entscheiden, in dem es im Rahmen eines vertraglichen Anspruches die Interessen Dritter berücksichtigte. Es handelte sich dabei um folgenden Sachverhalt:

328) in RGZ 84, S. 125 ff

Der Züchter einer ganz bestimmten, nur bei ihm erhältlichen Sorte von Zuckerrübensamen hatte die gesamte zu erwartende Ernte im voraus an mehrere Interessenten verkauft. Infolge einer außergewöhnlichen Dürre wurde weit weniger geerntet als in einem normalen Jahr. Der Beklagte kürzte als Verkäufer alle vorhandenen Aufträge anteilmäßig gleich. Die Klägerin, eine Käuferin, klagte auf volle Befriedigung ihres Anspruches. Das Reichsgericht lehnte eine volle Befriedigung der Klägerin mit folgender Begründung ab: ³²⁹⁾ "Die Klägerin mußte sich aber sagen, daß sie alleinige Käuferin aus der Ernte 1911 nicht sein werde, daß neben ihr vielmehr weitere Abnehmer des Beklagten stehen würden, deren Rechte an sich nicht schlechter waren, als die ihrigen, und mangels anderweitiger Abmachung nicht etwa dadurch bestimmt werden konnten, wer zuerst gekauft hatte oder wer künftig von dem Verkäufer zuerst die Leistung fordern werde. Zwischen den mehreren Käufern ergab sich, für jeden von ihnen voraussehbar, eine Interessengemeinschaft, deren Folge sich zeigen mußte, wenn die Ernte zwar genügte, einen einzelnen oder mehrere zu befriedigen, nicht aber hinreichte zur Befriedigung aller".

Faktisch bedeutet die Entscheidung, daß im Falle einer Teilunmöglichkeit einer begrenzten Gattungsschuld, die der Schuldner nicht zu vertreten hat, dieser hinsichtlich des unmöglich gewordenen Teiles frei wird (§ 275 BGB), auf der anderen Seite jeder Gläubiger eine anteilmäßige Kürzung seines Anspruches hinnehmen muß. Als wesentliche Begründung für diese Anspruchskürzung zu Gunsten Dritter sieht das RG das Vorliegen einer aktualisierten Interessengemeinschaft zwischen den Gläubigern an. Bei der beschränkten Gattungs-

329) RGZ 84, S. 128

schuld haben alle aus demselben Vorrat zu bekommen. Dieses Angewiesensein auf die nämliche Menge führt offensichtlich unter den Vorratsgläubigern zu einer rechtlich relevanten Interessengemeinschaft, die ihrerseits als Konsequenz eine anteilsmäßige Kürzung des vertraglich vereinbarten Anspruches zuläßt und verlangt. 330)

Ein ähnlich gelagerter Fall ist der Teilverlust einer Sammel-
sendung, der im wesentlichen in der Literatur einer Erörterung
unterzogen wurde. 331) Der Tatbestand ist folgender:

Ein Verkäufer gibt eine Sendung von Waren gleicher Gattung an
mehrere Empfänger ohne Trennung ihrer Anteile an den Spediteur.
Unterwegs verdirbt ein Teil der Ware. Die zu lösende Frage
lautet, wer soll den Verlust tragen? Mit der Konzentration
der Schuld auf die abgesandte Ware geht die Liefergefahr nach
§ 243 Abs 2 BGB und mit der Übergabe der Ware an den Spediteur
- wenn es sich um einen Versendungskauf handelt - auch die
Preisgefahr auf die Empfänger über (§ 447 BGB). 332) Damit
ist aber noch nicht geklärt, welcher Empfänger tatsächlich
die Nachteile des Teilunterganges zu tragen hat. Soll es in
der Willkür des Verkäufers oder des Spediteurs liegen, einen
Käufer voll zu befriedigen, während ein anderer, der infolge
der Preisgefahr ebenfalls den vollen Preis bezahlen müßte,

330) vgl. G. WÜST, "Die Interessengemeinschaft ein Ordnungs-
prinzip des Privatrechts", S. 102

331) G. WÜST, "Die Interessengemeinschaft" S. 94; WÜRDINGER,
"Theorie der schlichten Interessengemeinschaften", S. 34;
ESSER "Schuldrecht", 2. Auflage, S. 748. Der manchmal zi-
tierte Fall des RG in RGZ 88, S. 389 betrifft nur einen
Aspekt am Rande, nämlich die Frage des Gefahrenüberganges
bei einer Sammelendung per Schiff

332) Der Eigentumsübergang ist noch nicht erfolgt. Wäre dies
der Fall, hätte der Verkäufer seine Kaufvertragspflichten
erfüllt und es wäre unter den Käufern eine Bruchteilsge-
meinschaft entstanden, deren gegenseitige Beziehungen sich
nach § § 741 ff BGB regeln würden.

völlig leer ausginge? Sicherlich nicht. Es ist auch die einhellige Meinung der Literatur, ³³³⁾ daß der einzelne Gläubiger eine anteilmäßige Kürzung seines vertraglichen Erfüllungsanspruches hinnehmen muß.

Die Begründung für diese Abkehr vom sonst üblichen Prioritätsprinzip und der isolierten Betrachtungsweise der Verpflichtungen eines Schuldners wird auch hier im Vorhandensein einer Interessengemeinschaft der Gläubiger gesehen. ³³⁴⁾ Sie wird geschaffen durch das eingetretene Transportrisiko. "Die Interessen aller sind gleichliegend und von derselben Gefahr bedroht. Die Untrennbarkeit des Risikos stellt den notwendigen Kontakt unter den Beteiligten her und verlangt zugleich die rechtliche Relevanz dieser Interessengemeinschaft". ³³⁵⁾

Auch hier verschafft also eine besondere Interessenverknüpfung des einen Vertragspartners mit dem Dritten deren Interessen Geltung im Einzelvertragsverhältnis eines Gläubigers mit dem Schuldner.

Eine bedeutsame, von der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppe, bei der eine Drittinteressenberücksichtigung stattfindet, ist die Sicherungsübertragung. Dieses heute nicht mehr angezweifelte Rechtsinstitut ³³⁶⁾ ist ein Produkt der wirt-

333) de BOOR, "Die Kollision von Forderungsrechten" S. 132; WÜRDINGER a.a.O. S. 46; G. WÜST, "Die Interessengemeinschaft", S. 96 und ESSER, "Schuldrecht", 2. Aufl. S. 748

334) so WÜRDINGER a.a.O. S. 46; G. WÜST, "Die Interessengemeinschaft", S. 96 und ESSER "Schuldrecht", 2. Aufl. S. 748. A.A. dagegen de BOOR a.a.O. der die Ausgleichspflicht auf § 242 BGB und die Verkehrssitte der Beteiligten stützt

335) WÜST, "Die Interessengemeinschaft", S. 96

336) vgl. SERICK, "Eigentumsvorbehalt" I. Bd., S. 2

schaftlichen Erfordernisse und hat Sicherungsfunktion für Kreditgeber. Die gesetzlichen Sicherungsmittel, wie z. B. das Pfandrecht, sind wenig praktikabel, weil die Sicherungsgegenstände dem Sicherungsnehmer übergeben werden müssen. Deshalb scheiden z. B. Produktionsmittel oder Warenlager als Sicherheiten aus, weil sie notwendigerweise in der tatsächlichen Verfügungsgewalt des Schuldners verbleiben müssen. Häufig sind diese aber die einzigen wirtschaftlichen Werte eines kreditsuchenden Unternehmers. Darüberhinaus hat die Sicherungsübertragung den Vorteil der Heimlichkeit, im Gegensatz zu den gesetzlichen Sicherungsmöglichkeiten, die auf dem Publizitätsprinzip beruhen.³³⁷⁾ Es liegt oft im Interesse des Sicherungsgebers, seine mangelnde Liquidität nicht offen darlegen zu müssen.

In diesem Punkt liegt aber auch die Gefährlichkeit der Sicherungsübertragung, weil der Sicherungsgeber nach außen wirtschaftlich stärker wirkt, als er es tatsächlich ist. Gerade die wirtschaftliche Potenz ist aber eines der wichtigsten Kriterien für das Geschäftsverhalten anderer Geschäftspartner. Sei es, daß sie selbst bereits Kreditgläubiger sind, die auf eine Sicherung ihrer Forderungen angesichts der für sie sichtbaren Vermögens- und Haftungsmasse des Schuldners verzichten, sei es, daß der Sicherungsgeber neue Kreditoren findet, die sonst, wüßten sie von den tatsächlichen Vermögensverhältnissen, mit dem Sicherungsgeber nicht in geschäftlichen Kontakt treten würden.

Sicherungsgegenstände sind in der Regel bewegliche Gegenstände (Sicherungsübereignung) oder auch Forderungen (Siche-

337) so die Übergabe beim Pfandrecht: § 1205 BGB

rungsabtretung). Einer jeden Sicherungsübertragung liegt als causa eine Sicherungsabrede oder ein Sicherungsvertrag zugrunde. Hier verpflichtet sich der Sicherungsgeber zur Eigentumsübertragung bzw. -abtretung, der Sicherungsnehmer zur treuhänderischen Verwaltung des Sicherungsgegenstandes, insbesondere zur Rückübertragung nach Erfüllung der Verbindlichkeit. Handelt es sich um eine Sicherungsübereignung, dann erfolgt die Eigentumsübertragung meist über § 930 BGB. Durch die Einräumung eines Besitzkonstitutes verbleibt der Gegenstand beim Sicherungsgeber. Die Haftungsmasse des Schuldners wurde für andere ungesicherte Gläubiger geringer, ohne daß dies nach außen in Erscheinung tritt.

Dasselbe gilt für die Forderungsabtretung. Der Gläubiger tritt gemäß § 398 BGB als Nachfolgegläubiger in die Forderung ein, die vorher seinem Schuldner zustand. Aus den o.g. Gründen unterbleibt aber häufig eine Benachrichtigung des Forderungsschuldners gemäß § 409 BGB.

Die Rechtsprechung ließ im Grundsatz diese Art der wirtschaftlichen Sicherung passieren, setzte ihr aber über § 138 BGB unter zwei Gesichtspunkten Grenzen. Zum einen gilt die totale wirtschaftliche Aushöhlung und Knebelung eines Geschäftspartners als Grenze der Zulässigkeit. Zum anderen wird die Sicherungsübereignung dann beschränkt, wenn die Gefahren, die sich aus der mangelnden Publizität dieses Rechtsinstituts für die Drittgläubiger ergeben, zu groß werden. Nur dieser Aspekt ist hier von Bedeutung, weil es um die Interessen von Personen geht, die am Vertrag rechtlich nicht beteiligt sind, von ihm aber wirtschaftlich betroffen werden.

In der prinzipiellen Zulassung der Sicherungsübergabe ist konkludent bereits enthalten, daß "der Umstand allein, daß die Sicherungsübertragung nach außen nicht in Erscheinung tritt", noch keinen Verstoß gegen die guten Sitten darstellt. ³³⁸⁾ Die mangelnde Publizität ist, wie o.a., ein Wesensmerkmal einer solchen Sicherungsart. Auch wenn "Vertragsteile mit der Möglichkeit rechnen, Gläubiger könnten hierdurch über die Kreditwürdigkeit der Schuldnerin getäuscht werden und Schaden erleiden, genügt noch nicht, um einen Verstoß gegen die guten Sitten anzunehmen." ^{338 a)}

Zwar meint der BGH, ob ein Sicherungsvertrag das Merkmal sittenwidrig verdiene, hänge von den besonderen Umständen des einzelnen Falles ab. Erst deren erschöpfende Würdigung aufgrund einer Gesamtschau ermögliche ein Urteil. ³³⁹⁾ Die Rechtsprechung entwickelte aber drei Tatbestände, die eine Sittenwidrigkeit der Sicherungsübertragung unter dem Aspekt der Drittinteressengefährdung begründen: nämlich, wenn durch einen Kredit mit Sicherungsübertragung eine an sich gebotene Konkursöffnung verschleppt wird (Konkursverschleppung) oder weil durch eine Sicherungsübertragung spätere Kreditgeber betrogen werden (Kreditbetrug) oder weil eine solche Maßnahme andere Gläubiger in nicht mehr

338) RGZ 132, S. 183 ff

338 a) RGZ 132, S. 183

339) BGH BB 70, S. 189 (190)

akzeptabler Weise gefährdet (Gläubigergefährdung) 340). Die in der Praxis am häufigsten auftauchende Fallgruppe ist die der Gläubigergefährdung. Sie enthält im wesentlichen auch die grundlegenden Tatbestandsmerkmale der anderen beiden Gruppen.

Wie bereits o. a. genügt als objektives Kriterium die mangelnde Publizität und die sich daraus ergebende Gefährdung anderer Gläubiger noch nicht. 341) Es ist anerkannt, daß auch die gute Sitte einer Bank nicht ansinnt, die Wahrnehmung

340) RGZ 136, S. 247 (253 f) hatte fünf Tatbestände der Sittenwidrigkeit herausgearbeitet:

1. Konkursverschleppung
2. Aussaugung
3. stille Geschäftsinhaberschaft
4. Kreditbetrug
5. Gläubigergefährdung

In RGZ 143, S. 48 (51) wurden diese fünf Tatbestände auf die beiden Obergruppen: Knebelung (Nr. 2 u. 3) und Kredit-täuschung (Nr. 1, 4 u. 5) zusammengefaßt. Zu dieser Ein-teilung vgl. auch BGH WPM 56, S. 283
Anzumerken ist, daß diese Grundsätze im Rahmen des § 826 BGB entwickelt wurden, also für eine Anwendung im Verhältnis des Drittgläubigers zum Sicherungsgläubiger. Der BGH in LM § 138 (Cb) Nr. 1 BGB übernahm diese Tatbestandsbildung aber auch ausdrücklich für den Bereich des § 138 BGB im Rah-men der Überprüfung des Sicherungsvertrages.

Einige Stimmen der Lit. lehnen diese Rspr aber ab:
WESTERMANN, "Interessenkollisionen", S. 32, 38 und 40 lehnt die Sittenwidrigkeit aus Gründen der Gläubigergefährdung ab, weil ein "unbedingt schutzwürdiges Interesse der ungesicher-ten Gläubiger kaum gegeben zu sein scheint, jedenfalls nicht, wenn man die bewußte Wertung des Sicherungs- und Befriedi-gungsstrebens im geltenden Recht zugrunde legt"
BARKHAUSEN JZ 56, S. 417 ff versucht, die Problematik allein über § 419 BGB zu lösen, weil aus dem Rechtssystem der Zweierbindung heraus, Drittbenachteiligungen einen Ver-trag nicht sittenwidrig machen können.
MEYER-CORDING JZ 53, S. 664 lehnt den Tatbestand der Gläu-bigergefährdung ebenfalls ab, weil jede Sicherungsübereignung diese Gefahr in sich birgt. Entscheidend für die Sittenwid-rigkeit seien die Tatbestände der Knebelung.

341) RGZ 132, S. 183

ihres eigenen Interesses hinter den Belangen anderer Gläubiger zurücktreten zu lassen" ³⁴²⁾ Es müssen also noch zusätzliche Kriterien hinzutreten, um einen solchen Vertrag als sittenwidrig werten zu können. Eine Schädigung muß so naheliegen, daß mit ziemlicher Sicherheit mit ihrem Eintritt zu rechnen ist. ³⁴³⁾ Die Rechtsprechung stellt dabei ab auf eine "übermäßige Sicherung" ³⁴⁴⁾, auf eine Über-eignung, die "annähernd alle greifbaren Vermögensstücke" erfaßt, ³⁴⁵⁾ insbesondere bei einem konkursreifen Unternehmen, wenn dadurch ein späteres Konkursverfahren wegen Mangels an Masse eingestellt werden mußte und die übrigen Gläubiger unbefriedigt blieben. ³⁴⁶⁾

Zusammenfassend und abstrahierend kann zum objektiven Tatbestand festgehalten werden: Die Gefahr, daß durch die Sicherungsübertragung Dritte Schaden erleiden könnten, muß nähergerückt sein, als sie es durch das Rechtsinstitut selbst bereits schon ist. ³⁴⁷⁾ Die Gefahr der Täuschung Dritter und damit eines Schadenseintrittes liegt dann nahe, wenn der Umfang der übergebenen Sicherheiten so groß ist, daß das noch vorhandene Vermögen für weitere Kredite nicht mehr ausreicht, dies aber unbekannt bleibt, und der Schuldner weitere Kredite benötigt, insbesondere, weil der gewährte Kredit den Kreditbedarf des Schuldners nicht voll abgedeckt hat. SERICK ³⁴⁸⁾

342) BGH WPM 63, S. 1093 und BB 70, S. 189 (190)

343) BGH LM, § 138 (Cb) Nr. 3 BGB = JZ 53, S. 664 = BGHZ 10, S. 228

344) RGZ 136, S. 247 (254)

345) RGZ 127, S. 337 (340)

346) BGH LM § 138 (Cb) Nr. 5 BGB = NJW 56, S. 417

347) RGZ 136, S. 247 (254) formuliert: "Die Gefahr darf nicht ganz fern liegen"

348) SERICK, "Eigentumsvorbehalt", III. Bd., S. 72

grenzt die Gefahr der Täuschung negativ ab. Sie liegt objektiv nicht nahe, "wenn dem Sicherungsgeber weiterhin genügend freies Vermögen verbleibt oder wenn der Kredit so reich bemessen ist, daß der als redlicher Geschäftsmann bekannte Kreditnehmer keine anderen Kreditgeber mehr benötigt oder wenn die Sicherungsübertragung offenkundig ist".

Eine Analyse der Interessenberücksichtigung der beteiligten Personen durch die Rechtsprechung zeigt folgendes Bild. Im Grundsatz darf der Sicherungsnehmer seine Interessen verfolgen, ohne Rücksicht auf andere bereits vorhandene oder zukünftige Drittgläubiger. Ab einer gewissen Grenze werden ihm zu Gunsten der Dritten Fesseln auferlegt. Diese Situation tritt dann ein, wenn durch sein Handeln die Vermögensmasse des Schuldners erheblich geschmälert wird und dadurch Dritten die wesentlichen Haftungsgrundlagen für ihre Forderungen entzogen werden oder wenn für zukünftige Gläubiger - nicht ersichtlich - keine Haftungsmasse vorhanden ist. Der Gläubiger hat Rücksichten zu nehmen auf Dritte und darf seine Interessen nicht mehr eigensüchtig auf Kosten Dritter verfolgen, ³⁴⁹⁾ weil er die gefährliche Situation geschaffen hat, die zu einer Interessenbeeinträchtigung der Dritten führen kann. Deutlich formuliert dies der BGH: ³⁵⁰⁾ "Da der Gläubiger in einem solchen Fall den Grund für diese Täuschung und Schädigung gesetzt hat, muß er alles unterlassen, was geeignet ist, den Schaden zu vergrößern."

Auch hier zeichnet sich insoweit ein Gleichlauf der Interessen

349) BGH BB 70, S. 189 (190)

350) BGH NJW 55, S. 1972 (1974)

aller Gläubiger des Schuldners ab. Jeder erstrebt eine Befriedigung aus dem gleichen Objekt, nämlich der Haftungsmasse des Schuldners. Das Risiko, das ein jeder Gläubiger durch die geschäftlichen Beziehungen mit dem Schuldner eingeht, trägt jeder selbst. Ein Gläubiger darf durch seine Handlungen das Risiko für die anderen jedoch nicht wesentlich erhöhen. Tut er dies trotzdem, wird die isolierte Betrachtungsweise aufgegeben und der Gläubiger hat sich in die Gemeinschaft der anderen Gläubiger einzureihen.

Bei Vorliegen dieser objektiven Situation also wird durch die Rechtsprechung der Vorsprung der Vertragsfreiheit als aufgehoben angesehen und werden Drittinteressen in die Entscheidungserwägungen mit einbezogen. Ob die Drittinteressen dann letzten Endes eine Berücksichtigung in der Form finden, daß der Sicherungsvertrag gemäß § 138 BGB als sittenwidrig angesehen wird und mit ihm auch das Verfügungsgeschäft ³⁵¹⁾, ist von weiteren, insbesondere subjektiven Faktoren abhängig. Sie haben aber keinen Einfluß auf die Einholung des Vorsprunges der Vertragsfreiheit durch die Drittinteressen, sondern nur auf deren Bewertung.

Die Rechtsprechung fordert für die Anwendung des § 138 BGB, daß beide Vertragsparteien die Tatsachen kennen, welche die o.g. objektive Situation ausmachen. Das ist beim Schuldner in den allermeisten Fällen gegeben. In der Praxis ist, soweit ersichtlich, noch kein Fall aufgetaucht, in dem der Schuldner

351) vgl. SERICK, "Eigentumsvorbehalt", I. Bd., S. 58 u. 70; die Tatsache, daß auch das Verfügungsgeschäft von § 138 BGB ergriffen wird, hat zur Folge, daß die Vermögensstücke von Anfang an im Eigentum des Schuldners bleiben und damit zu seiner Haftungsmasse gehören.

keine Kenntnis gehabt hätte. Sollte sich der Gläubiger auf seine Unkenntnis berufen, so genügt es für § 138 auch, wenn er es aus grober Fahrlässigkeit heraus unterlassen hat, sich Kenntnis zu verschaffen.³⁵²⁾ Diese Pflicht, sich Kenntnis zu verschaffen, kann sich (wenn es sich beim Schuldner um ein konkursreifes Unternehmen handelt) sogar zu einer Prüfungspflicht des Gläubigers verdichten.³⁵³⁾ Dabei hat der Gläubiger zu prüfen, ob eine Sanierung des Schuldners mit der Hilfe, die er anbietet, möglich ist.

Daß es sich bei den subjektiven Erfordernissen um Bewertungskriterien handelt, wird durch folgendes deutlich: Je stärker die objektive Gefährdung ist, desto weniger müssen die subjektiven Voraussetzungen vorliegen.^{354), 355)}

Der hier besprochenen Problematik nahe verwandt sind die Fälle einer Globalzession zur Sicherung von Geldkrediten, die in Kollision mit sog. verlängerten Eigentumsvorbehalten von Waren-Kreditoren geraten. Eine Bank läßt sich zur Sicherung eines Kredits alle zukünftigen Kundenforderungen vom Schuldner übertragen. Daneben hat der Schuldner Warenlieferanten, die ihm den Warenkaufpreis kreditieren unter gleichzeitiger Vereinbarung, daß die gelieferten Waren bis

352) BGH 56, S. 283 (284)

353) BGH LM § 138 (Cb) Nr. 3 BGB = JZ 53, S. 664 = BGHZ 10, S. 228. Das RG brachte in RGZ 133, S. 234 (239) zum Ausdruck, daß es aber keine allgemeine Prüfungspflicht für den Gläubiger gibt. I.d.R. taucht diese Frage nur bei sog. Sanierungsverträgen auf

354) BGH LM § 138 (Cb) Nr. 3 BGB = JZ 53, S. 664 = BGHZ 10, S. 228

355) SERICK, "Eigentumsvorbehalt" III. Bd. führt als dritte Voraussetzung für die Sittenwidrigkeit eines Sicherungsvertrages die Feststellung der Beweggründe sowie des verfolgten Zweckes auf. Aber auch diese Tatbestände dienen der Bewertung der Interessen, vgl. die auf S. 48 festgestellten Bewertungsprinzipien aus dem Verhalten. Hier interessiert in erster Linie aber nur, welche Voraussetzungen nötig sind, um die Hürde zu überspringen, die die Vertragsfreiheit um die Interessen der Vertragspartner gelegt hat.

zu ihrer völligen Bezahlung im Eigentum des Lieferanten bleiben. Sollten die Waren veräußert werden, dann tritt der Schuldner im voraus die ihm aus dem Verkauf der Waren entstehenden Forderungen an den Warenlieferanten ab (sog. verlängerter Eigentumsvorbehalt). Ersichtlich ist hier die Kollision zwischen der Globalzession an die Bank und der Forderungsabtretung im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts.

Im Grundsatz ist für die Lösung dieses Konflikts das Prioritätsprinzip maßgebend.³⁵⁶⁾ Die erste Abtretung geht der nachfolgenden zweiten vor. Ein gutgläubiger Erwerb ist nicht möglich.³⁵⁷⁾ Jedoch hat der Globalzessionar in seiner Vereinbarung mit dem Schuldner "auf die schutzwerten Belange der (Waren) -Lieferanten Rücksicht zu nehmen".³⁵⁸⁾ Andernfalls wird das Prioritätsprinzip zu Gunsten der Warenlieferanten durchbrochen und die Globalzession gemäß § 138 BGB als sittenwidrig angesehen. In einer grundsätzlichen Entscheidung legte der BGH³⁵⁹⁾ die Voraussetzungen für die Durchbrechung des Prioritätsprinzips fest. Eine Globalzession künftiger Kundenforderungen ist dann sittenwidrig und nichtig, wenn sie auch solche Forderungen umfaßt, die der Schuldner seinen Lieferanten aufgrund eines verlängerten Eigentumsvorbehalts abtreten muß und abtritt. In weiteren Entscheidungen wurden diese

356) BGH WPM 66, S. 1327 und WPM 69, S. 114 (115)

357) Einige Stimmen in der Lit. - vgl. FLUME NJW 50, S. 841 und die Lit.-Hinweise bei SERICK BB 60, S. 141, Fußnote 4 - wollen immer dem Vorbehaltskäufer den Vorrang im Falle einer Kollision einräumen, weil die Abtretung die Surrogation für die gelieferte Ware darstelle. Diese Ansicht konnte sich jedoch nicht durchsetzen.

358) BGH BB 74, S. 526 = NJW 74, S. 942 und OLG Stuttgart NJW 76, S. 150 (151)

359) BGH NJW 59, S. 1533 = BGHZ 30, S. 149 (154)

Grundsätze präzisiert. ³⁶⁰⁾ Begründet wird dieser Eingriff in den Sicherungsvertrag damit, daß der Schuldner durch die Globalzession laufend gegenüber seinen unter verlängertem Eigentumsvorbehalt liefernden Warenlieferanten zu vertragsuntreuem Verhalten gedrängt wird. Dabei ist von Bedeutung, daß der Globalzessionar weiß, daß sein Schuldner i.d.R. nur mit verlängertem Eigentumsvorbehalt einkaufen kann, ³⁵⁹⁾ sei es, weil dies so branchenüblich ist, sei es, weil es sich aus der konkreten Fallgestaltung ergibt.

Entscheidendes objektives Kriterium ist die Tatsache, daß der Schuldner aus wirtschaftlichen Gründen seinen Warenlieferanten die Globalzession nicht mitteilen kann, weil er dadurch nur seinen Kredit untergraben würde, aber eine Belieferung ohne verlängerten Eigentumsvorbehalt nicht erreichen kann. ³⁶¹⁾ Die globale Vorausabtretung muß daher zwangsläufig zu einer ständigen Verletzung von vertraglich vereinbarten Pflichten und treuwidrigem Verhalten gegenüber dem Dritten führen. Die Rechtsprechung versagt deshalb den Vertragsinteressen des Gläubigers jeglichen Schutz zu Gunsten der Drittinteressen. ³⁶²⁾

360) vgl. BGH WPM 69, S. 18; WPM 69, S. 1072 = BB 69, S. 1106; WPM 71, S. 69; BB 74, S. 526 = NJW 74, S. 942 und OLG Stuttgart NJW 76, S. 150

361) BGH JZ 68, S. 527 (528)

362) In der Lit. wurde versucht, dieses Prinzip des Alles oder Nichts, d. h. die Anwendung des § 138 zu umgehen. Es wurde eine proportionale vertikale Teilung der dem Schuldner zustehenden Forderungen unter allen Gläubigern, sowohl zu Gunsten des Globalzessionars, als auch zu Gunsten der Warenlieferanten, vorgeschlagen. Das würde die Zusammenfassung aller dieser Gläubiger zu einer Gemeinschaft bedeuten. Die Forderungen würden dann entsprechend dem Wert der Kredite aufgeteilt werden. Dieser Lösungsvorschlag beruht auf dem bereits erörterten Gedanken der Risikogemeinschaft - Vgl. hierzu: ESSER JZ 68, S. 281; SCHERNER BB 68, S. 1267; diese Ansicht konnte sich in der Rspr jedoch nicht durchsetzen, wie die jüngste Entscheidung in diesem Fragenkreis zeigt, OLG Stuttgart NJW 76, S. 150

Auf einer ähnlichen Interessenbewertung beruht die Rechtsprechung zu den sog. Schmiergeldverträgen. Die typische Fallkonstellation ist die: Ein Unternehmer verspricht oder gewährt einem Beauftragten oder Vertreter eines Dritten irgendwie geartete Vorteile. Dieser Beauftragte hat die Befugnis, für den Dritten Geschäfte abzuschließen, und zwar auf dem Gebiet, auf dem der vorteilversprechende Unternehmer tätig ist und sich um Geschäfte bemüht. Die Rechtsprechung hat solchen Versprechen und Zusagen die rechtliche Wirksamkeit versagt, weil sie sittenwidrig seien (§ 138 BGB). Das wird damit begründet, daß durch die Zuwendungen die Gefahr droht, der Vertreter werde nicht frei von sachfremden Erwägungen die Verträge für den Dritten abschließen,³⁶³⁾ obwohl er aufgrund seiner Stellung verpflichtet ist, ausschließlich die Interessen seines Geschäftsherrn wahrzunehmen.³⁶⁴⁾ Die Annahme einer Zuwendung stellt einen "eigen-nützigen Vertrauensmißbrauch"³⁶⁵⁾ dar, der zu einer Interessengefährdung des Dritten führt.³⁶⁶⁾ Es ist dabei unerheblich, ob tatsächlich ein Schaden beim Dritten entsteht.³⁶⁷⁾ Die abstrakte Interessengefährdung genügt allein als objektiver Tatbestand. Subjektiv ist die Kenntnis der Tatumstände der Interessengefährdung ausreichend. Eine Benachteiligungsabsicht ist weder auf Seiten des Zuwendungsgebers noch auf Seiten des Empfängers erforderlich.³⁶⁸⁾ Anzufügen ist

363) BGH NJW 73, S. 363

364) BGH NJW 68, S. 1572 (1573 f)

365) RGZ 161, S. 229 (330)

366) BGH NJW 73, S. 363

367) RGZ 130, S. 131 (142); 161, S. 229 (233)

368) RGZ 161, S. 229 (231) und BGH NJW 73, S. 363

noch, daß § 12 UWG sowohl das Geben als auch das Nehmen von Schmiergeldern unter Strafe stellt. Der Schutzzweck dieser Vorschrift liegt jedoch in erster Linie im Schutz der Mitbewerber sowie im allgemeinen Interesse, daß die schlechtere Ware nicht den Vorzug vor der besseren erhält und infolge der Schmiergelder der Preis für die Ware verteuert wird.^{369), 370)}

Ebenfalls mit der Verletzung von Treuepflichten durch einen Vertrag setzen sich Entscheidungen aus dem Bereich des Gesellschaftsrechts auseinander. Bindet sich ein Gesellschafter einer GmbH gegenüber einem Dritten derart, daß er seine Gesellschafterrechte und insbesondere sein Stimmrecht nur nach dem Willen der Dritten auszuüben hat, so verstößt dieser Vertrag gegen die guten Sitten, wenn in dem Gesellschaftsvertrag die Übertragung der Geschäftsanteile von der Genehmigung eines Gesellschaftsorgans abhängig gemacht wurde.³⁷¹⁾ Als Begründung für die Sittenwidrigkeit einer solchen vertraglichen Bindung wird der satzungswidrige Mißbrauch der Vertrauensrechte in der Gesellschaft, sowie die Verletzung der Gesellschafterpflichten angeführt.³⁷²⁾

Auch auf dem Gedanken des Treuebruchs beruht die Entscheidung des BGH, daß eine Vereinbarung eines Spediteurs mit seinem Auftraggeber, ein Pfandrecht solle am Speditionsgut, ohne

369) BGH NJW 68, S. 1572 (1574)

370) Zu beachten ist, daß die Mehrzahl der in der Rspr behandelten Schmiergeldfälle Probleme im Bereich des § 826 BGB darstellten, weil der Geschäftsherr wegen Schädigung gegen den Zuwendenden klagte. Soweit ersichtlich sind die hier zitierten Fälle - Anm 369 bis 374 - die einzigen, die auf einer Klage des Vertreters gegen den Zuwendenden beruhen

371) RGZ 69, S. 134 (137) und RG DNotZ 36, S. 130 Nr. 3

372) RGZ 69, S. 137

Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse bestellt werden, "dem Gefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht", also sittenwidrig ist.³⁷³⁾ Dies gelte auch unter Berücksichtigung der Paragraphen 932, 1207 BGB, 366 Abs 1 HGB, da diese Gutglaubensvorschriften dem Schutz des Erwerbers, bzw. dessen guten Glauben schützten, nicht jedoch Verfügungen unter Verletzung fremden Rechts.

Zu denken wäre an eine Erörterung der Fälle "Verleitung zum oder Beteiligung am Vertragsbruch" im allgemeinen. Dies scheidet jedoch aus, weil die meisten Fälle dieser Art im Rahmen des § 826 BGB abgewickelt werden, der geschädigte Dritte sich also unmittelbar an einen der schädigenden Vertragspartner hält, so daß eine Erörterung des Vertrages, der zum Vertragsbruch führt, ausbleibt.³⁷⁴⁾

Ein bereits durch die Rechtsprechung ausgeformtes Rechtsinstitut wurde schon bei der Abgrenzung der Drittinteressen in Abschnitt 3 erörtert;³⁷⁵⁾ der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte. Es wurde zwar festgestellt, daß bei dieser Fallgruppe dem Dritten eigene einklagbare Rechtspositionen durch die Rechtsprechung gewährt werden und sie deshalb nicht als Drittinteressenberücksichtigung in dem hier verstandenen Sinn aufzufassen ist. Es ist aber trotzdem nicht uninteressant, kurz die von der Rechtsprechung dabei vorgenommene Interessenwertung zu betrachten. "Die Einbeziehung Dritter in die Schutzwirkung eines Vertrages beruht darauf, daß - dem Schuldner

373) BGHZ 17, S. 1 (5)

374) vgl. hierzu aber KRASSER a.a.O. S. 215 ff

375) s. S. 73

erkennbar - mit seiner Leistung, ein Dritter in Berührung kommt, dem gegenüber der Gläubiger in dem Bereich, in den das Schuldverhältnis hineinragt, seinerseits fürsorge- und obhutspflichtig ist." ³⁷⁶⁾ Der BGH weist in seiner Entscheidung vom 26.11.68 ³⁷⁷⁾ nochmals darauf hin, daß eine Haftung aus einem Vertrag grundsätzlich an "das Band geknüpft ist, das den Schuldner mit seinem Partner verbindet". Eine Ausnahme hiervon besteht dann, "wenn der Gläubiger sozusagen für das Wohl und Wehe des Dritten mitverantwortlich ist", "indem er ihm gegenüber zu Schutz und Fürsorge verpflichtet ist". "Das Innenverhältnis zwischen Gläubiger und dem Dritten führt zur Schutzwirkung zu Gunsten des Dritten, nicht das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und seinem Vertragspartner". Die Überwindung des Relativitätsgrundsatzes wird also mit einer besonderen Interessenverflechtung zwischen dem Gläubiger und dem Dritten begründet. ³⁷⁸⁾ Diese überspringt die rechtliche Zweierbeziehung und erhält Berücksichtigung in ihr.

Eine bemerkenswerte Ausweitung erfuhr der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte durch eine neue Entscheidung des BGH vom 28.1.76. ^{378 a)} Schon im Bereich des vorvertraglichen Rechtsverhältnisses, der culpa in contrahendo, wurde eine Einbeziehung eines Dritten in die Schutzpflichten und -rechte vor-

376) BGHZ 49, S. 360 (354) mit vielen weiteren Rspr.-Hinweisen

377) BGHZ 51, S. 91 (96)

378) GERNHUBER a.a.O. S. 270 dagegen hält den Charakter des Vertrages, der drittbezogen sein muß, für ausschlaggebend. Ebenso: A. BLOMEYER, "Schuldrecht", § 42, IV. 3. Diese Meinung verkennt, daß ein Werkvertrag z.B. an sich nicht drittbezogen ist. Seine Drittbezogenheit kann sich aber durch die besonderen Umstände des Falles ergeben, diese sind aber wiederum die enge Interessenverflechtung des Gläubigers mit dem Dritten, also das Innenverhältnis zwischen Gläubiger und Dritten

378 a) in NJW 76, S. 712

genommen. Als Begründung wurde angeführt, daß im Falle der Verletzung der Person, mit der sich ein Vertragsverhältnis anbahnt, diese einen Schadensersatzanspruch gehabt hätte. Hier kam aber das die Mutter (= erwartete Vertragspartnerin) begleitende Kind zu Schaden. Weil "die Mutter ... im Innenverhältnis für Wohl und Wehe ihrer Tochter verantwortlich war", mußte "die Tochter denselben Schutz genießen" wie die Mutter. ^{378 b)} In einem derartigen engen familienrechtlichen Band hat die Rechtsprechung von jeher eine Rechtfertigung für die Erstreckung der vertraglichen Schutzwirkungen gesehen. ^{378 b)} Auch hier dient als Begründung für eine Drittinteressenberücksichtigung eine besonders enge, aufgrund gesetzlicher Vorschriften angeordnete Interessenverknüpfung zwischen dem erwarteten Vertragspartner und dem außenstehenden Dritten.

Auf einer anderen Problematik beruhen die Fälle eines Verkaufs einer Arzt- oder Rechtsanwaltspraxis. Die Rechtsprechung hat solche Kaufverträge häufig unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit geprüft. ³⁷⁹⁾ In älterer Zeit standen dabei im wesentlichen Gründe des *ordre public* im Vordergrund. Als sittenwidrig wurden die Kaufverträge angesehen, die einen "Verstoß gegen die öffentliche Ordnung" darstellten, weil die vereinbarten "Vertragsbedingungen die Gefahr begründen, der Unternehmer werde die Praxis in einer die Belange der Rechtspflege beeinträchtigenden Weise weiterführen". ³⁸⁰⁾ In früheren Entscheidungen des Reichsgerichts zeigten sich auch Andeutungen

378 b) BGH NJW 76, S. 713

379) RGZ 66, S. 139; 115, S. 172 und 161, S. 153; BGHZ 43, S. 46 = NJW 65, S. 580 und BGH NJW 73, S. 98

380) BGH NJW 73, S. 98 (100)

einer Erörterung der Interessen der Patienten bzw. Mandanten. Die Sittenwidrigkeit wurde auch dann angenommen, wenn infolge unverhältnismäßig schwerer Belastungen zu befürchten ist, daß der Erwerber der Praxis darauf angewiesen sein werde, unter Außerachtlassung der Interessen seiner Patienten, die Erzielung besonders hoher Einnahmen anzustreben.³⁸¹⁾ Oder, daß das dem Arzt entgegengebrachte Vertrauen zum Zwecke des reinen Vermögensgewinnes verwertet wird.³⁸²⁾ Die aus dieser Rechtsprechung hervorscheinende Drittinteressenberücksichtigung entspringt aber eher dem Interesse des ordre public an einer geordneten ärztlichen Versorgung bzw. an einer die Belange der Rechtspflege nicht schädigenden Anwaltschaft, als der Sorge um die individuellen Drittinteressen. Diese können sich auch dadurch Gehör verschaffen, daß der entsprechende Rechtsanwalt oder Arzt nicht mehr konsultiert wird.

Erst in jüngster Zeit ist in diesem Zusammenhang ein Problem relevant geworden, bei dem konkret betroffene Drittinteressen eine Rolle spielen. Die Rechtsprechung³⁸³⁾ mußte sich mit der Frage beschäftigen, ob bei dem Verkauf einer Praxis auch die Übernahme der Patientenkartei ohne vorheriges Befragen der Patienten wirksam vereinbart werden kann.

Die zu klärende Frage war, ob ein Verstoß gegen § 300 StGB vorliege und daher § 134 BGB anzuwenden sei. Unzweifelhaft wurde davon ausgegangen, daß die Schweigepflicht des Arztes dem Schutz der Geheimnissphäre des einzelnen dient.³⁸⁴⁾

381) RGZ 115, S. 172 (174)

382) RGZ 66, S. 139

383) BGH NJW 74, S. 602; OLG Düsseldorf NJW 73, S. 558

384) vgl. SCHÖKE-SCHRÖDER, "Kommentar zum StGB" § 300, Anm 1

Diese Geheimnissphäre ist ein Teil des Persönlichkeitsrechts und des geschützten Intimbereichs der einzelnen Personen.³⁸⁵⁾

Die Rechtsprechung sah aber durch die Übergabe der Kartei an den nachfolgenden Arzt keinen Verstoß gegen die ärztliche Schweigepflicht. Sie unterstellte eine Einwilligung der Patienten. Es liege im offensichtlichen Interesse der Patienten, die auch den Nachfolger konsultieren, daß diesem die Unterlagen über die bisherige Behandlung zur Verfügung stehen. Aber auch hinsichtlich solcher Patienten, die den Nachfolger nicht mehr aufsuchen, entspreche die Übernahme der Kartei ihrem mutmaßlichen Interesse. Es sei durchweg leichter, falls die Unterlagen vom Patienten selbst oder von einem anderen Arzt benötigt werden, auf sie zurückzugreifen, wenn sie sich noch an einem dem Patienten bekannten Ort befinden, als wenn sie sich in einer dem Patienten unbekannten neuen Praxis befinden oder gar vernichtet sind.³⁸⁶⁾

Daneben mindere der Gewahrsamwechsel nicht den Schutz der Privatsphäre des Patienten, sein abgeschirmter Privatbereich werde nicht durchbrochen, sondern in standesüblicher Weise auf einen Berufskollegen erstreckt. "Was den pfleglichen Umgang mit den Behandlungsunterlagen angeht, so verdiene der Übernehmer der Praxis im allgemeinen nicht weniger Vertrauen, als sein Vorgänger; denn auch er biete dem Patienten dieselbe berufsethische, standesrechtliche und strafrechtliche Sicherung wie sein Vorgänger."³⁸⁷⁾ Gegen diese Rechtsprechung wurden Bedenken laut. Insbesondere wurde darauf hingewiesen, daß Arzt nicht gleich Arzt ist, sondern der

385) GRÖMIG NJW 70, S. 1209

386) OLG Düsseldorf NJW 73, S. 558 (559)

387) BVerfGE 32, S. 373 (382); BGH NJW 74, S. 602

Patient sich unter subjektiven, nur ihm bekannten Gründen, einem bestimmten Arzt anvertraue. Es wurde deshalb der Vorschlag gemacht, nur eine Namensliste zu übergeben und nur bei ausdrücklichem Einverständnis des jeweiligen Patienten auch die Behandlungskarte zu überlassen. 388)

Aus alledem könnte auf den ersten Blick vermutet werden, es handele sich um die Erörterung von Drittinteressen aus Gründen der Obhuts- und Treuepflicht. Dem ist aber nicht so. Die Schweigepflicht ist nur ein Ausdruck des absolut geschützten und von jedem zu beachtenden Kern des Persönlichkeitsrechts. Gäbe es die Schweigepflicht nicht, würde es ständiger Verletzung und Gefahr ausgesetzt sein. Es ist also das in unserer Rechtsordnung hochbewertete Persönlichkeitsrecht, das sich "Gehör" in dem Praxiskaufvertrag verschafft. Ob es im konkreten Fall Berücksichtigung findet, ist eine Bewertungsfrage. Die Rechtsprechung geht in den oben besprochenen Fällen davon aus, daß eine konkrete Gefährdung nicht vorliege, und daher eine Berücksichtigung nicht erforderlich sei.

In welchem Umfang absolut geschützte Rechtsgüter Dritter in einem Vertrag sich Geltung verschaffen können, zeigt eine Entscheidung des BGH vom 26.6.52. 389) Die Klägerin, eine Ehefrau, konnte erzwingen, daß ihr Ehemann seine Freundin aus seinem Betrieb entließ, weil die Klägerin dort arbeitete. Das bedeutet aus der Sicht des Arbeitsvertrages, daß die Kündigung zulässig war, weil durch das Arbeitsverhältnis der gegenständliche Bereich der Ehe verletzt wurde. Begründet wird dies mit dem in Art 6 GG besonders gewährleisteten

388) GRÖMIG NJW 70, S. 1209 (1211)

389) BGH LM § 823 (Af) Nr. 2 BGB

Schutz der Ehe. Ob die Rechtsprechung auch heute noch unter den gewandelten Anschauungen über die Ehe eine Verletzung des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe durch das Arbeitsverhältnis angenommen hätte, mag unentschieden bleiben. Von Bedeutung ist jedoch, daß die Ehefrau ihre Interessen kraft der grundgesetzlichen Wertordnung durchsetzen konnte und das Relativitätsprinzip durchbrochen wurde. ³⁹⁰⁾

Anhand der Wechselreiterei wurde bereits dargelegt, ³⁹¹⁾ daß in aller Regel eine Verletzung von öffentlichen Interessen (ordre public) gleichzeitig auch zu einer Verletzung von individuellen Interessen führt. Das zeigt sich auch bei dem in der Literatur besprochenen Fall von Streiks in Versorgungsbetrieben. ³⁹²⁾ In solchen Betrieben haben Streiks ³⁹³⁾ sofort starke Auswirkungen nicht nur auf die Kampfparteien, sondern auch auf nichtstreikende, sonstige Dritte und die Allgemeinheit; zu denken ist nur an die Folgen einer Bestreikung von Elektrizitätswerken für jeden einzelnen Bürger. Die Rechtmäßigkeit von Streiks wird jedoch an Stichpunkten wie "fair" ³⁹⁴⁾, "angemessene Berücksichtigung des Gemeinwohls" ³⁹⁵⁾ und "Verhältnismäßigkeit" ³⁹⁶⁾ gemessen. Es handelt sich in der Hauptsache nicht um eine Abwägung zwischen den

390) Anzumerken ist, daß im vom BGH entschiedenen Fall der Ehefrau selbst ein Abwehranspruch gegen den Ehemann und seine Freundin eingeräumt wurde und daher keine Drittinteressenberücksichtigung im hier verstandenen Sinn vorliegt - vgl. S. 68ff.

Bemerkenswert ist jedoch, daß im Falle einer Kündigungsschutzklage die Kündigung als rechtmäßig angesehen werden müßte - die Rspr des BGH zugrundegelegt

391) s. S. 31 ; vgl. auch BGH JA 73, ZT. S. 203 f

392) vgl. hierzu H.G. ISELE, "Streiks in Versorgungsbetrieben", S. 219 ff

393) Streiks sind zwar kollektive Maßnahmen, haben aber insoweit auch Einfluß auf die einzelnen individuellen Arbeitsverträge der Streikteilnehmer, als im Falle ihrer Rechtswidrigkeit eine zur Kündigung berechtigende Vertragsverletzung vorliegt - h.M.

394) BROX-RÜTHERS, "Arbeitskampfrecht", S. 144

395) BAG BB 71, S. 701

396) ISELE a.a.O. S. 228

Kollektivinteressen der Kampfparteien und individuellen Interessen, sondern im wesentlichen um eine solche zwischen den Interessen der Kampfpartner und den Kollektivinteressen der Bevölkerung. ³⁹⁷⁾

Kurz soll noch eine Fallgruppe erörtert werden, bei der ebenfalls drei Personen beteiligt sind und ein Vertrag in einen anderen hineinwirken kann. Es handelt sich um die fremdfinanzierten Abzahlungsgeschäfte. Das klassische Geschäft dieser Art ist der Abzahlungskauf, bei dem der Käufer zugleich auch Darlehensnehmer ist, während Verkäufer und Darlehensgeber verschiedene Personen sind. ³⁹⁸⁾ Formal rechtlich gesehen hat der Käufer seine Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag, dessen Geld ja gleich dem Verkäufer als Kaufpreis zufließt, zu erfüllen, ohne Rücksicht auf z. B. Mängel der Kaufsache oder andere Leistungsstörungen. Es ist in diesem Bereich deshalb problematisch, unter welchen Voraussetzungen Einwendungen aus dem Kaufvertrag im Darlehensvertrag geltend gemacht werden können. ³⁹⁹⁾ Es handelt sich hierbei aber nicht um eine Frage des Drittinteressenschutzes, sondern um das Problem des Schutzes eines Vertragspartners bei zwei auseinanderfallenden, wirtschaftlich aber zusammengehörigen Rechtsgeschäften.

III. DARAUS ABZULEITENDE ALLGEMEINE TATBESTÄNDE FÜR EINE DRITTINTERESSENBERÜCKSICHTIGUNG

1. Es zeigte sich, daß die Rechtsprechung bedeutend mehr Fälle bot, bei denen eine Drittinteressenberücksichtigung vorgenommen

³⁹⁷⁾ ISELE a.a.O. S. 230

³⁹⁸⁾ daher der Ausdruck "fremdfinanziert"

³⁹⁹⁾ s. hierzu BGH NJW 73, S. 1275

wurde, als die gesetzlichen Regelungen. Es gilt nun zu versuchen, aus den diesen Beispielfällen zugrundeliegenden Gedanken die Tatbestände herauszufiltern, die auch in anderen, als den eben besprochenen Fällen eine Drittinteressenberücksichtigung möglich und notwendig werden lassen.

Als bedeutendste Gruppe sind wohl die Fälle zu nennen, bei denen zwischen einem der Vertragspartner oder auch beiden mit dem oder den Dritten eine gesteigerte Interessenverknüpfung vorlag. Deutlich wurde dies insbesondere bei den besprochenen Anfechtungsmöglichkeiten nach Konkursrecht und Anfechtungsgesetz, sowie nach § 2287 BGB, auch bei der Sicherungsübertragung, der Globalzession und dem verlängerten Eigentumsvorbehalt. All diese Fälle zeichnen sich dadurch aus, daß zwischen dem Dritten und einem Vertragspartner eine über das übliche Maß hinausgehende Interessenverbindung besteht.

Für den Fall einer Teilunmöglichkeit bei der begrenzten Vorratsschuld gab das RG ⁴⁰⁰⁾ als wesentliches Begründungsargument für die Drittinteressenberücksichtigung das Vorliegen einer Interessengemeinschaft an.

Der Begriff der Interessengemeinschaft war und ist in der Jurisprudenz kein neuer. Bereits seit HECK ⁴⁰¹⁾ und insbesondere durch WÜRDINGER ⁴⁰²⁾ wurde eine Theorie der Interessengemeinschaft entwickelt. Die sog. schlichte Interessengemeinschaft, im Gegensatz zur Zweckgemeinschaft als Grundelement der Gesellschaft (§§ 405 ff BGB), wurde definiert

400) RGZ 84, S. 125 (128)

401) Ph.HECK, "Das Recht der großen Haverei", S. 565 ff

402) WÜRDINGER, "Theorie der schlichten Interessengemeinschaften"

und beschrieben als Gleichlauf oder Gleichrichtung der Interessen von mehreren Personen.⁴⁰³⁾ Die Untersuchungen konzentriertensich aber auf das Innenverhältnis, auf den internen Ausgleich innerhalb einer Interessengemeinschaft. Der hier zu prüfende Gesichtspunkt, der Einfluß von solchen Erscheinungen auf Verträge mit Außenstehenden wurde dagegen, soweit ersichtlich, noch nirgends erörtert.

Die in der Definition aufgeführten Voraussetzungen für das Vorliegen einer Interessengemeinschaft genügen auch nicht, um zu einer Drittinteressenberücksichtigung zu führen. Als Beispiel möge wieder der zum Verkauf anstehende antiquarische Schrank dienen. Der Käufer, dem der Kauf gelingt, muß die Interessen seines Mitbewerbers, der mit der gleichen Interessenintensität den Schrank kaufen will, nicht berücksichtigen, obwohl auch eine Interessengleichrichtung vorliegt. Beide Kaufbewerber richten ihr Interesse auf ein und denselben Gegenstand, ohne daß diese Interessenparallelität rechtliche Konsequenzen zeigen würde. Es müssen also noch zusätzliche Merkmale hinzutreten, welche die parallelen Interessen gleichsam zur rechtlichen Relevanz bündeln. Aus dem System der kollektiven Zwangsvollstreckung (Konkurs), aus den Fällen der begrenzten Gattungsschuld, der Sammelsendung und der Sicherungsübertragung kann man eine Gemeinsamkeit entnehmen. Die berücksichtigten Drittinteressen haben nicht nur eine tatsächliche Bindung an den Interessengegenstand, sondern sie hatten bereits rechtliche Beziehungen oder es stand zu erwarten, daß sie solche haben werden. Es bestanden schuldrechtliche Beziehungen. Der Interessengleichlauf war durch rechtliche Bezüge zum gemeinsamen Interessengegenstand verstärkt.

403) WÜRDINGER a.a.O. S. 4; G. WÜST, "Interessengemeinschaft", S. 46

Das System der Einzelzwangsvollstreckung zeigt aber auch, daß zwar alle Gläubiger eines Schuldners eine rechtlich verstärkte Interessengleichwertung auf Zugriff zum Haftungsvermögen haben, dies aber jedem Gläubiger die Freiheit läßt, ohne Rücksicht auf Dritte sich voll zu befriedigen. Es muß also noch ein drittes Merkmal hinzukommen, um von einer rechtlich relevanten Interessengemeinschaft sprechen zu können.

Die Fälle der beschränkten Gattungsschuld und der Sammelendung sowie das Konkursrecht zeichnen sich dadurch aus, daß der Interessensgegenstand plötzlich in Gefahr gerät. Bei der Gattungsschuld und der Sammelendung tritt plötzlich eine Teilunmöglichkeit auf, die dazu führt, daß nicht mehr alle Gläubiger voll befriedigt werden können. Ähnliches gilt für das Konkursrecht. Dort schlägt die isolierte Einzelzwangsvollstreckung in eine alle Gläubiger umfassende Gemeinschaftsvollstreckung um, wenn die zur Befriedigung und Sicherheit dienende Vermögensmasse bedrohlich in Verfall gerät. Das gemeinsame an diesen Konstellationen ist, daß plötzlich eine alle Gläubiger treffende Notsituation bzw. Risikolage auftritt.

Unter diesem Gesichtspunkt hat auch ESSER ⁴⁰⁴⁾ die Interessengemeinschaft gesehen. Für ihn liegt eine solche dann vor, wenn "die Interessenverbindung durch die Gemeinschaft der Aussichten und Gefahren", sowie durch die gleiche Ungewißheit zusammengehalten werden. Er nennt sie auch "Risikogemeinschaften Gleichgefährdeter".

404) ESSER, "Schuldrecht", 2. Aufl., S. 747 f; in den darauffolgenden Auflagen des Lehrbuches geht ESSER nur noch cursorisch auf die Interessengemeinschaften ein

Die letzten besprochenen Fälle zeichnen sich dadurch aus, daß das den gemeinsamen Interessengegenstand gefährdende Risiko von keinem der Mitglieder der Interessengemeinschaft verursacht oder zu vertreten war. Anders verhält es sich bei der Sicherungsübertragung. Hier besteht zwar auch ein durch rechtliche Beziehungen bedingter Gleichlauf der Interessen aller Gläubiger, seine Gefährdung tritt aber wegen des Sicherungsvertrages ein. Erst dieser läßt aufgrund der bereits dargelegten Umstände ⁴⁰⁵⁾ den Interessengegenstand zum Risiko werden. Der Sicherungsnehmer hat durch sein "gefährliches Tun" eine Gefahrengemeinschaft geschaffen, in der er im wesentlichen proportional gleichberechtigt ist und sich keine besonderen Vorteile gegenüber seinen Mitgläubigern verschaffen darf. Dies gilt auch im Verhältnis zu zukünftigen Gläubigern, wenn der Schuldner aller Voraussicht nach solche haben wird.

Zusammenfassend ist festzustellen: Drittinteressen holen dann den Vorsprung der Vertragsinteressen ein, wenn eine besondere Interessenverknüpfung mit einer oder beiden Vertragsparteien gegeben ist. Konkret liegt eine solche im Fall einer Interessengemeinschaft vor. Dieser setzt den durch rechtliche Bindungen zum Interessengegenstand gefestigten Gleichlauf der Interessen voraus, wobei der Interessengegenstand durch ein auftretendes Risiko gefährdet wird. Das gilt auch dann, wenn das Risiko erst durch den zu beurteilenden Vertrag geschaffen wird. Drittinteressen sind, mit einem Wort, beim Vorliegen von Risikogemeinschaften zu berücksichtigen, wenn ein Gemeinschaftsmitglied hinsichtlich des Risikogegenstandes sich Vorteile verschaffen will.

405) s. S. 147

Die Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ⁴⁰⁶⁾ läßt erkennen, daß neben der eben besprochenen Interessengemeinschaft auch andere Gründe zu einer besonderen Interessenverknüpfung führen können, die eine Drittimteressenberücksichtigung nach sich zieht. Der BGH sieht diese Gründe in einer besonderen Verbindung eines Vertragspartners mit dem Dritten. Beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ist vorausgesetzt, daß der Vertragspartner aus Personen- oder Familien- oder sonstigen rechtlichen Gründen für das Wohl und Wehe des Dritten mitverantwortlich ist. ⁴⁰⁷⁾ Die Berücksichtigung der Drittimteressen bei der Globalzession erfolgte deshalb, weil der Vertrag den einen Vertragspartner de facto zwingt, gegenüber seinem Waren-Gläubiger von vornherein vertragsbrüchig zu werden. Dasselbe gilt für den Gesellschafter, der gesellschaftsvertragswidrig sich verpflichtet, Strohmann für einen Nichtgesellschafter zu sein. Auch die Verletzung von gesetzlichen Obhutspflichten führt zur Drittimteressenberücksichtigung, wie § 2287 BGB zeigt.

Der sich daraus ableitende Grundgedanke ist der, daß Drittimteressen dann zu berücksichtigen sind, wenn ein Vertrag die Gefahr in sich birgt, daß durch ihn Obhuts- oder Treuepflichten, die ein Vertragspartner zu einem Dritten hat, verletzt werden. Die Obhuts- oder Treuepflichten können auf Vertrag oder Gesetz beruhen, müssen aber rechtlicher Natur sein.

Es genügt auch nur die Gefahr einer Verletzung oder Schädigung,

406) s. S. 157

407) BGHZ 51, S. 91 (96)

wie die Rechtsprechung zu den Schmiergeldverträgen zeigt. 408)

Es ist hier im Zusammenhang mit der in Abschnitt 2 erörterten Methode der Interessenberücksichtigung noch anzumerken, 409) daß Interessenidentität zwar zu einer Interessenberücksichtigung, in diesem Fall der von Dritten, führen kann, jedoch keine Auskunft über die Wertstärke der Interessen gibt. Die Bewertung der beteiligten Interessen ist ein gesonderter Vorgang. Die besondere Interessenidentität läßt die Drittinteressen nur an der Wertung beteiligt sein, gibt jedoch keine Auskunft darüber, ob sie sich letzten Endes gegenüber den Vertragsinteressen durchsetzen.

2. Wie bereits angedeutet, 410) könnte man meinen, auch die Rechtsprechung zu den Praxisverkäufen und die dortige Drittinteressenberücksichtigung beruhe auf einer Verletzung von Treue- und Obhutspflichten des Verkäufers. Die isolierte Betrachtungsweise wird aber, genau wie bei der Abwehrklage im Fall der Ehestörung, durch andere Gründe bedingt. Entscheidendes Kriterium ist vielmehr die konkrete Gefahr bzw. Beeinträchtigung eines objektiv höherwertigen Rechtsguts auf Seiten des Dritten. Es ist in solchen Fällen der objektive Wertgehalt der Vertragsinteressen und der Drittinteressen zu messen. Überwiegen die konkret gefährdeten Drittinteressen in ihrem objektiven Wertgehalt die Vertragsinteressen, so haben sie den Vorsprung, den ihnen die Vertragsinteressen kraft der Vertragsfreiheit voraushatten, eingeholt. Als Wertungsmaßstab wird hier in erster Linie der

408) s. S. 155

409) s. S. 45

410) s. S. 162

Grundrechtskatalog der Verfassung heranzuziehen sein. Somit wird mittelbar den Grundrechten auch eine Geltung im Privatrecht verschafft, und zwar nicht nur im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander, sondern auch im Verhältnis zu Dritten. Nach diesen Prinzipien dürfte ein Richter z. B. keine Vertragsverletzung feststellen, wenn entgegen der ausdrücklichen Vereinbarung im Pachtvertrag mit dem Eigentümer einer Gastwirtschaft der Pächter Personen schwarzer Hautfarbe bewirtet und beherbergt. Die objektive Wertordnung nimmt hier die Drittinteressen über Art 1 und 3 GG so in ihren Schutz, daß auch das der privatautonomen Gestaltung der Parteien freigegebene Vertragsrecht sie zu berücksichtigen hat.

3. Zulässig ist eine Erörterung der Drittinteressen auch dann, wenn ein Vertrag gegen den ordre public verstößt und gleichzeitig damit Drittinteressenverletzungen einhergehen. Entscheidend für den hoheitlichen Eingriff in den Vertrag ist und bleibt aber trotzdem der Verstoß gegen den ordre public. Zur Verdeutlichung der Notwendigkeit richterlichen Eingreifens ist es aber zulässig, die Auswirkungen eines solchen Verstoßes am konkreten Fall deutlich zu machen.

A C H T E R A B S C H N I T T

ERGEBNIS UND PRAKTISCHE ANWENDUNG

I. DRITTINTERESSEN ALS RECHTSFINDUNGSKRITERIEN

Die Arbeit zeigte, daß neben den klassischen Rechtsfindungsmethoden auch die Methode der Interessenberücksichtigung ihren Platz hat. Diese Methode maßt sich nicht an, die herkömmliche Methodenlehre verdrängen zu wollen. Sie ist aber durch ihren Blick auf die beteiligten Interessen und deren Bewertungen durch die Rechtsordnung in der Lage, zusätzliche und neue Kriterien zu finden, die dem Richter helfen, im Rahmen seiner Entscheidungen den Bereich der persönlichen Eigenwertung weiter zurückzudrängen. So konnte auch mit ihrer Hilfe erkannt werden, daß in Vertragsverhältnissen über die eigentliche rechtliche Bindung hinaus auch Interessen von Personen, die nicht am Vertrag beteiligt sind, eine Rolle spielen. Zwar wurden schon sehr bald in der Rechtsprechung Versuche unternommen, die rechtliche Betrachtungsweise den tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen. Die Drittinteressen wurden dabei aber in aller Regel nicht als selbständiges Korrektiv von Verträgen verstanden, sondern als ein Teil des *ordre public*. Es hat sich aber gezeigt, daß Drittinteressen selbständige Faktoren neben dem *ordre public* sind, die zu einer inhaltlichen Begrenzung der Vertragsfreiheit und der Privatautonomie führen können.

II. METHODE DER DRITTINTERESSENBERÜCKSICHTIGUNG

Im letzten Abschnitt wurde versucht, Tatbestände ausfindig zu machen, die es bei ihrem Vorliegen dem Richter erlauben

und es sogar notwendig machen, Drittinteressen in Entscheidungen über Verträge miteinzubeziehen. Die gefundenen Tatbestandsgruppen - besondere Interessenverknüpfung infolge von Interessengemeinschaften und von Obhuts- und Treuepflichten; objektiv höherwertiges Rechtsgut; Interessensgleichlauf mit dem *ordre public* - geben aber nur Aufschluß darüber, daß die Drittinteressen die Hürde der Vertragsfreiheit, welche die Vertragsinteressen umgibt, überwunden haben. Dem Richter fällt dann die weitere Arbeit zu, die beteiligten Interessen nach der Methode der Interessenberücksichtigung zu bewerten und abzuwägen. Als Bewertungskriterien stehen ihm zur Verfügung die objektive Wertordnung, sowie die Kriterien, die sich aus dem jeweiligen Sachverhalt (Sachwidrigkeit, Interessennähe und Interessenintensität) und die, die sich aus dem menschlichen Verhalten (Veranlassung - arglistig, vorsätzlich, fahrlässig, schuldlos), sowie dem *ordre public* ergeben.

Deutlich macht dies die Rechtsprechung, die eine Drittinteressenberücksichtigung davon abhängig macht, daß dem Vertragsinteresse nur dann ein Minuswert zukommt, wenn die Drittinteressengefährdung- oder -verletzung in Kenntnis, d.h. vorsätzlich von den Vertragsparteien vorgenommen wurde. Das Wechselspiel der einzelnen Bewertungsfaktoren zeigt auch eine Entscheidung des BGH ⁴¹¹⁾ im Rahmen einer Sicherungsübertragung. Der BGH führt aus: "Ist die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung Dritter weniger naheliegend (Bewertungsfaktor: Interessenintensität), dann sind Beweggrund und Zweck des Vertrages (Bewertungsfaktor: menschliches Verhalten) für das Urteil ... bedeutsamer." Daraus ergibt sich, schwächt sich ein für die Drittinteressen günstiger Bewertungsfaktor ab, so

411) BGH LM § 138 (Cb) Nr. 3 BGB = JZ 53, S. 663 = BGHZ 10, S. 228 (233)

müssen sie durch ein anderes Kriterium aufgewertet werden, um letzten Endes eine Berücksichtigung zu finden.

Nach der Bewertung der Interessen verbleibt nur noch ihr Abwägen, das auf der Grundlage des Gleichheitssatzes nach den mathematischen Regeln der Gleichung und Ungleichung vorgenommen wird.

III. KEIN GESCHLOSSENES SYSTEM

Es wurde hier der Versuch unternommen, das Phänomen Drittinteressen und ihre Berücksichtigung so zu fassen, daß dem Richter bei seinen Entscheidungen über Verträge Tatbestände an die Hand gegeben werden, die ihm helfen, Drittinteressen nur dann zu berücksichtigen, wenn es rechtlich gerechtfertigt ist. Denn im Rahmen der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit findet zu allererst ein Interessenausgleich zwischen den Vertragspartnern statt. Die Einbeziehung von Drittinteressen stellt die Ausnahme dar. Naturgemäß können die hier gefundenen Tatbestände aber kein geschlossenes System bilden. Sie sind ein erster Ansatzpunkt, auch die Drittinteressenberücksichtigung methodisch sicherer zu machen.

L E B E N S L A U F

Name: Manfred Postler

geboren: am 20. Juni 1945 in Burgellern/Krs.
Bamberg

Eltern: Wilhelm Postler, Oberlokführer der Deutschen
Bundesbahn
Elisabeth Postler, geb. Haas, Sekretärin

Schule: 1951 Eintritt in die Volksschule in
Staffelbach/Krs. Bamberg;
Übertritt in das humanistische "Alte Gymnasium"
in Bamberg
Reifeprüfung am 20. Juli 1965

Wehrdienst: bei der Bundesluftwaffe vom 1.10.1965
bis 30.9.1967

Studium und
Ausbildung: Im Wintersemester 1967 Beginn des Studiums
der Rechtswissenschaft an der Friedrich-
Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
1. juristische Staatsprüfung zum Termin
1972/I. Anschließend eine 2-jährige Referen-
darzeit im Landgerichtsbezirk Nürnberg
2. juristische Staatsprüfung im Termin
1974/II

Beruf: Seit dem 1. September 1975 bin ich Richter
in einer Zivilkammer des Landgerichts Nürn-
berg-Fürth

Copy-Center 2000

852 ERLANGEN · Obere Karlstr. 30
Tel. 09131-26197